SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME IV, PARTE I^a. BIS.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

CONTENENTE

L' ANÀLISI CRITICA DEGLI AUTORI E DELLA GIURISPRUDENZA

COMMENTARIO-TRATTATO

DEI PICCOLI CONTRATTI E DELL' ARRESTO PERSONALE

DI

PAOLO PONT

Consigliere alla Corte imperiale di Parigi

CONTINUATORE DI V. MARCADÉ

TRADUZIONE ITALIANA

DI

LUIGI SAMPOLO

Professore di dritto civile nella Università di Palermo,

Accresciuta del confronto degli articoli del Codice per lo regno delle Due Sicilie e di tutte le disposizioni governative pubblicate sin oggi sotto ciascun articolo, non che della giurisprudenza delle Corti Supreme di Napoli e di Sicilia,

> La scienza del dritto consiste tanto nel confutare i falsi principi che nel conoscere i veri.
> Rep. di Merlin, *Novazione*.

VOL. I°.

Prestito — Deposito e Sequestro — Contratti Aleatori — Mandato.

NAPOLI E PALERMO

GIUSEPPE PEDONE LAURIEL E C. EDITORI

1865.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO X (XI).

DEL PRESTITO

(Decretato li 9 marzo 1804. — Promulgato li 19.)

1. Stabilite, nel titolo III di questo libro, le regole applicabili a tutti i contratti in generale, i compilatori del Codice Napoleone hanno stimato opportuno parlar separatamente nei titoli seguenti di alcuni contratti particolari, determinandone le regole speciali ; e così li abbiam visto dapprima occuparsi di alcuni contratti particolari, che sono quasi esclusivamente mossi dall' interesse: tali sono il *Contratto di matrimonio*, la *Vendita*, la *Locazione*, la *Società*.

Ma non tutte le convenzioni che si fanno tra gli uomini prendono necessariamente mossa dall'interesse; vi hanno contratti che procedono specialmente da simpatia, o da certo sentimento di benevolenza e di affetto che spinge l' uomo , secondo che può, a render servigio al suo simile. L' occhio vigile del legislatore non potea lasciarsi sfuggire di tali convenzioni; e di fatti egli se ne è occupato, incominciando, nel titolo speciale che siamo per commentare, del *Prestito* che, dopo le *Donazioni* , è il primo dei contratti di simigliante natura.

1874 (1746). — Il prestito è di due specie :

Quello delle cose di cui si può far uso senza consumarle;

E quello delle cose che si consumano coll'uso.

La prima specie si chiama *prestito ad uso*, o sia *comodato*;

La seconda si chiama *prestito di consumo*, o semplicemente *prestito*.*

SOMMARIO

I. 2. Etimologia e definizione della parola prestito.
II. 3. Doppia indole del contratto di prestito. La sua indole varia secondo il valore attribuito dalle parti contraenti alla cosa che forma oggetto della convenzione. — 4. Una cosa qualunque può essere considerata come corpo cer-

* Il corrispondente art. 1746 delle nostre leggi civili chiama il prestito della seconda specie *prestito di consumo o mutuo.*

to o come cosa fungibile. — *5. Il contratto di prestito varia secondo che la cosa che ne forma oggetto è considerata dalle parti nell' uno o nell' altro modo:* — *6. Nel primo caso, si ha il prestito ad uso; nel secondo, quello di consumo.*

III. 7. I compilatori del Codice son caduti in errore sul proposito, identificando le cose fungibili colle cose di consumo. — *8. In che cosa differiscono le une dalle altre.* — *9. La divisione in cose che si consumano o pur no coll' uso non influisce punto per determinare il carattere del prestito.* — *10. Continuazione.* — *11. Epilogo, e rettificazione delle formule usate a tal riguardo dal nostro articolo.*

IV. 12. Il prestito, qualunque ne sia la specie, è un contratto reale, in quanto che la obbligazione che ne risulta non può formarsi senza la tradizione. — *13. Tuttavia è valida ed obbligatoria la* convenzione di prestare, o *la* semplice promessa di prestito, *la quale è però una convenzione particolare, che non può pareggiarsi al prestito.*

V. 14. Transizione alle regole particolari ad ogni specie di prestito.

I. — 2. La parola *prestito* viene dal latino *praestare*, che vale *somministrare*, *procurare*. E conforme a siffatta etimologia, il prestito implica l'idea d'un atto, d'un contratto con cui una persona somministra e procura ad un' altra una cosa, onde usarne per un determinato tempo, e quindi restituirla.

II. — 3. L'indole di questo contratto, come l' obbligazione che ne deriva almeno relativamente al modo di esecuzione, van soggetti ad una importante variazione, che il nostro articolo fa prevedere distinguendo in due specie il prestito, in quello ad uso ed in quello di consumo, ma della quale incombe a noi indagare e determinare la causa. A tal rispetto possiam dire, che cotesta variazione dipenda precipuamente dalla intenzione dei contraenti, e dal valore che le parti, contrattando, attribuirono o intesero attribuire alla cosa che forma oggetto della convenzione.

4. Infatti, una cosa qualunque può essere considerata o come avente il valore generale delle altre cose della medesima natura, o come avente un valore proprio, speciale, indipendente. In quest'ultimo caso, la cosa è giuridicamente ciò che dicesi un *corpo certo*; nel primo, prende il nome di *quantità* o *cosa fungibile*. Questo punto è importante; e pria di spingerci più innanzi, cercheremo lumeggiarlo esaminandolo nei suoi particolari.

Prendiamo ad esempio l' argento monetato, cosa fungibile per eccellenza. Non potrà che di rado avvenire che le parti annettano una importanza speciale al tale o tale altro pezzo di moneta. Un pezzo di cinque franchi vale quanto un altro pezzo di cinque franchi, o quanto cinque pezzi di un franco, qualunque si fossero. La parte cui è dovuta una somma determinata, non può aver dunque interesse a domandare le tali monete più che le tali altre; dovendosi tener soddisfatta se al postutto la totalità delle monete consegnate costituisca l' intero valore della somma a cui ha diritto.

Se al contrario la cosa promessa sia, per modo di esempio, una casa, un campo, un cavallo, un fucile, il creditore avrà sempre o quasi sempre interesse a richiedere la cosa medesima che gli è stata promessa. In fatti, un' altra cosa della medesima specie, un' altra casa, un altro campo, un altro cavallo, un altro fucile, non sarebbero la cosa sua; perciocchè egli ha contratto in considerazione delle qualità particolari, del valore proprio, dei vantaggi speciali della cosa che ha formato oggetto della convenzione; ricevendo una cosa della medesima specie, diversa da quella determinata ed individuata nella convenzione, fosse pure generalmente riguardata come più preziosa, egli non otterrebbe ciò che avea dritto ad avere. Gli è appunto a causa di questo carattere di individualità e di certezza che la cosa in tal caso prende il nome di corpo certo.

5. Applicando questa distinzione al contratto di prestito, troveremo di leggieri la spiegazione delle cose.

Due persone convengono insieme che una

di esse, che prende il nome di *prestatore* (*prêteur*), procurerà e somministrerà all'altra, che *riceve in prestito* (*emprunteur*), la tal cosa, acciò quest' ultimo se ne serva per un tempo determinato e quindi la restituisca al primo: qual'è mai il carattere di questa convenzione? Ed in che consiste l'obbligo che ne deriva di restituire la cosa? Gli è evidente, secondo le spiegazioni da noi testè date, ciò dipendere dall' intenzione che le parti contraenti hanno avuto. O esse hanno considerato la cosa, oggetto del prestito, come un corpo certo; o l'hanno riguardato come cosa fungibile. Nel primo caso, dovrà essere restituita la cosa medesima; ed allora colui che presta ritiene la proprietà della cosa, che non può da chi l'ha ricevuto venire alienata, perchè ne acquista semplicemente l' uso. Nel secondo caso, colui che riceve la cosa ha obbligo di restituire, non la medesima che gli è stata prestata, ma un'altra della medesima specie; ed allora egli diventa realmente *padrone* della cosa prestatagli, tanto che ne può disporre, alienarla o distruggerla, salvo a procurarsene un'altra simile al tempo della restituzione, e soddisfare così al suo obbligo verso il prestatore, il quale rimane con un semplice *dritto di credito*.

6. La disposizione dell'art. 1874 (1746), nella sua economia, risponde a queste idee. Detto che hanvi due specie di prestito, questo articolo indica successivamente il prestito dell' una e dell' altra specie con nomi che ne fanno rilevare il carattere distintivo. L' uno di essi, come abbiamo veduto, importa solamente un' alienazione momentanea dell' *uso* per parte di chi dà in prestito: il nostro articolo lo indica sotto la denominazione di *prestito ad uso*, che chiama anche *comodato*, dalla parola latina *commodatum* onde in Roma appellavasi. L' altro importa la trasmissione della proprietà in vantaggio di colui che riceve in prestito; e sebbene il nostro articolo non l' abbia chiamato col vocabolo romano *mutuum*, la cui etimologia data da Giustiniano (1) (ch'è per altro controversa) si riannoda nettamente all' idea della trasmissione della proprietà, l'ha però qualificato in modo non meno preciso nè meno espressivo, chiamandolo *prestito di consumo*, il che indica chiaramente il dritto di colui che toglie ad imprestito, non solo di servirsi della cosa prestata, ma ben pure di *consumarla*, cioè di disporne.*

III.—7. Ma se la disposizione del nostro articolo è perfettamente esatta in quanto alla divisione che stabilisce, non potremmo dire altrettanto dell' idea che sembra averne ispirato le definizioni, e specialmente quella del prestito di consumo.

Secondo questa idea, le cose fungibili non sarebbero altre che le cose di consumo; infatti il nostro articolo dice che questa specie di prestito, il quale, come vedemmo, ha luogo quando la cosa prestata è stata considerata come fungibile dalle parti, *è quello delle cose che si consumano coll'uso*. Or importa qui notare il grave errore che àvvi in questa assoluta assimilazione delle cose fungibili colle cose che si consumano coll' uso, *quæ primo usu, ipso usu consumuntur*, come dicevano i Romani, errore, che fu già notato da Marcadè (volume I, p. 2ª, nn. 391 e 392).

8. Il carattere di cosa fungibile risulta essenzialmente dalla intenzione delle parti, e per conseguenza fondasi sopra una relazione tra le parti e la cosa. E, valendoci di una espressione alemanna, che per al-

(1)... Et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et quantitatis redduntur: unde etiam *mutuum* appellatum est, quia ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat*... (Inst., lib. III, tit. XIV, pr.)

* Come fu da noi avvertito testè, nella nota della pag. 5, il corrispondente art. 1746 delle nostre *leggi civili*, accennando la distinzione del prestito in due specie, in quello *ad uso* ed in quello *di consumo*, ha dato al primo per equivalente la parola *comodato*, ed all' altro la parola *mutuo*, accettandone la significazione che aveano nel dritto romano.

Noi quindi, evitando la confusione necessaria che havvi nel linguaggio della legge francese e dei commentatori, i quali son costretti a servirsi sempre delle parole *prêteur* ed *emprunteur* per indicare le parti contraenti sia nel *prestito ad uso*, sia nel *prestito di consumo*, ci varremo, a dinotare il primo, delle parole *comodante*, *comodatario*, e pel secondo, delle parole *mutuante*, *mutuatario*, che sono anche quelle usate dalla nostra legge.

tro tende anche ad introdursi nell'uso del nostro linguaggio giuridico, diciamo che esso è un carattere *subbiettivo*.

Per l'incontro, il carattere di cosa che si consuma col primo uso, o coll'uso che se ne fa, deriva innanzi tutto dalla natura della cosa considerata in sè stessa, astrazion fatta da qualunque estranea influenza. A dir vero, ciò, anzichè al diritto, apparterrebbe più all'economia politica, la quale ci insegna che vi hanno cose le quali servono unicamente in quanto che si distruggono, e l'uso delle quali consiste nel consumarle, come i comestibili, i combustibili, e che sonvene altre che servono ad usi continui e ripetuti, come le case, i mobili, le vesti, le macchine, gli animali da tiro, gli animali addetti alla riproduzione, ec.

9. Or giova ripeterlo, onde aversi il semplice prestito, quello di consumo, e distinguerlo dal comodato, bisogna unicamente riguardare al carattere fungibile della cosa, cioè ad una qualità risultante dalla intenzione. E ciò appunto dimostra quanto sia inesatto dire che questo prestito sia quello delle cose che si consumano.

Certamente, d'ordinario avverrà che le cose che si consumano col primo uso siano pure considerate dalle parti come fungibili. E difatti, è pur troppo evidente che colui il quale presta ad una persona una determinata quantità di frumento, di vino, d'olio, in generale non intende certo avere al tempo della restituzione la medesima cosa che ha prestato. Il servizio che egli ha inteso rendere consiste appunto nella facoltà che ha dato al comodatario di usare della cosa prestata, cioè consumarla, coll'obbligo in costui, il quale non è più in grado di rendere la cosa in natura, di riconsegnarne l'equivalente.

Nondimeno può per eccezione avvenire il contrario. Per modo di esempio, suppongasi che Paolo, per un fine qualunque o per un interesse a lui particolare, voglia far credere ad un terzo che egli abbia frumento nei suoi magazzini, mentre realmente non ne ha punto, e quindi fa darsi in prestito il frumento di Pietro, promettendogli di restituirglielo identicamente: ecco un caso in cui una cosa di consumo non sarebbe considerata dalle parti come fungibile, e si costituirebbe, per effetto della intenzione delle parti, un comodato o prestito ad uso con una cosa di consumo.

10. Questo caso invero si presenterà assai di rado. Ma il caso inverso, quello in cui vengon dalle parti considerate come fungibili cose destinate ad un uso permanente e ripetuto, facendo in tal modo colle medesime un prestito di consumo, può per l'incontro spesso verificarsi. E così avviene ogni qual volta le parti convengano, che colui che riceve in prestito la cosa, possa alienarla. Questa convenzione, che può essere espressa o tacita, sarà presunta se colui che riceve in prestito la cosa non possa usarne senza alienarla. Ciò avverrà, per esempio, quando la cosa prestata sia danaro contante. Questo infatti è l'oggetto più frequente dei prestiti di consumo; è, come dicemmo più sopra, la cosa fungibile per eccellenza; e ciò appunto dimostra il vizio del sistema che identifica le cose fungibili colle cose che si consumano col primo uso, mentre il danaro contante, cosa essenzialmente fungibile, è nel medesimo tempo una delle cose essenzialmente destinate ad un uso continuo e ripetuto, e che punto o poco si consumano per questo uso.

I seguaci di questo sistema cercano schivare tale contraddizione, allegando lo argomento di Giustiniano, il quale, dopo avere enumerato le principali cose che si consumano coll'uso, aggiunge *doversi porre quasi nella medesima linea* l'argento monetato, l'uso del quale consiste nel permutarlo, il che ne importa in certo modo la estinzione continua: *quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur*. (Inst., lib. II, tit. IV, § 2.) Ma questo argomento stentato, supposto pure che lo si possa ammettere quando si tratta di argento monetato, sarebbe ad ogni modo fuori proposito nelle mille altre ipotesi che possono presentarsi. Così per esem-

pio, un librajo di provincia manca della tale o tale altra opera di cui ha urgentemente bisogno per soddisfare ad una richiesta fattagliene; e quindi ne toglie ad imprestito una copia da un suo amico librajo, promettendo di dargliene una simile appena riceverà quelle che aspetta da Parigi. Per altro esempio, un mercante, avendo bisogno, per conchiudere immediatamente un affare di importanza, di un determinato numero di cavalli che egli di presente non potrebbe somministrare per compiere il numero, si rivolge ad un altro mercante suo amico, da cui toglie in prestito il compimento che gli abbisogna, con promessa di rendergli il medesimo numero di cavalli appena gli arriveranno quelli che ha fatto comprare in Inghilterra. Certamente, non si dirà nè del libro nè dei cavalli, come si dice del danaro, che siano cose specialmente destinate alla permuta. E pure in questi casi i contraenti han voluto considerare come fungibili cose che sono destinate ad un uso permanente e ripetuto, facendole così, per la sola loro volontà ed intenzione, divenire oggetto di un semplice prestito, di un prestito di consumo.

11. Adunque i compilatori del Codice, seguendo per altro in ciò le indicazioni di Pothier, il quale manca in cotesta materia della sua solita chiarezza (1), identificarono per un evidente errore le cose fungibili con quelle che si consumano col primo uso. Tra queste due idee vicine ma non identiche, come giustamente osserva Savigny (2), havvi una notevole distinzione che noi nelle precedenti osservazioni abbiamo cercato di far rispiccare; ed ora riepilogandole, e rettificando nel medesimo tempo le formole del nostro articolo, diciamo:

Il contratto di prestito, che è di due specie, varia secondo che le parti abbiano considerato la cosa prestata come un corpo certo o come una cosa fungibile:

Nel primo caso, colui che dà ad imprestito rimane proprietario della cosa prestata, la quale gli deve essere identicamente restituita da colui che l'ha avuto in prestito al tempo stabilito per la restituzione: e questa specie di prestito dicesi *prestito ad uso* o *comodato;*

Nel secondo caso, la proprietà della cosa viene trasferita a colui che la riceve in prestito, il quale è obbligato soltanto a restituirne una della medesima natura di quella che ha ricevuto: e questa specie di prestito dicesi *prestito di consumo* o semplicemente *prestito*.

In qualunque ipotesi in cui le parti non abbiano in modo positivo manifestato la loro volontà o la loro intenzione, la quistione se abbiano inteso conchiudere un prestito ad uso o un prestito di consumo, si risolverà, nelle singole specie, avuto riguardo alla condizione dei contraenti, alla natura della cosa o dell'uso convenuto, alle circostanze accessorie del prestito.

IV. — 12. Pria di incominciare lo studio dei caratteri particolari a ciascuna di queste due specie di prestito, ci rimane da ultimo a determinare un carattere che è loro comune. Il prestito, sia ad uso o di consumo, costituisce sempre un contratto *reale*, in quanto che la obbligazione che ne scaturisce non può formarsi se la cosa, oggetto del contratto, non sia stata consegnata da colui che la dà a colui che la toglie in prestito. « Il prestito, è detto con somma esattezza da Domat, è una di quelle convenzioni con cui si contrae l'obbligo di restituire una cosa, di tal che la obbligazione non si verifica se non per effetto della consegna della cosa prestata (3). » Era questa pure la dottrina di Pothier (4), che oggi è generalmente seguita dagli scrittori (5).

(1) *Vedi Del Prestito* (nn. 14 e 17), e specialmente *Delle Obbligazioni* (n°. 624).

(2) *Dritto delle Obbligazioni* (§ 39, nota C, p. 401, 1ª edizione).

(3) *Vedi* Domat (*Leggi civili*, libro I°, tit. V, sezione 1, n. 3.)

(4) *Vedi* Pothier (*Del Prestito*, n. 6).

(5) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 199 del testo e 400 delle note, edizione del 1824); Duranton (t. XVII, nn. 486 et 487); Troplong (*Del Prestito*, n. 6); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 456, nota 1); Mourlon (t. III, p. 373, 5ª edizione). —

13. Però non potrebbe da ciò inferirsi che sia nulla la *convenzione di prestare* o la semplice *promessa di prestito*. Noi certamente non ci spingeremo a dire, come han fatto alcuni scrittori, che oggi la *promessa* debba pareggiarsi al prestito medesimo, avendo il nostro Codice lasciato da banda la distinzione de' Romani tra i contratti *reali* e i contratti *consensuali*, e stabilito in principio che il vincolo di dritto si forma col solo consenso (1). Ma non diremo nemmeno che sotto il Codice Napoleone la *promessa di prestare* debba riguardarsi come nel dritto romano, ove, come qualunque altra semplice convenzione, produceva soltanto un'obbligazione naturale. La verità si è, che una tale promessa è oggi valida ed obbligatoria come qualunque altra convenzione regolarmente stipulata e fatta con intenzione di obbligarsi. Dal che segue, non solo che colui che ha ricevuto la promessa ha dritto, in caso di rifiuto, a reclamare i danni ed interessi, ma inoltre, quando ciò sia possibile, a farsi mettere in possesso della cosa promessagli. E ciò è stato formalmente riconosciuto dalla Corte di Colmar, in una specie in cui la promessa avea per oggetto l'uso di un locale; la Corte dichiarò che in tal caso la promessa non ha il carattere di una semplice obbligazione di fare che si risolve in danni-interessi, e che quindi debbono i giudici prescrivere tutti i mezzi coercitivi necessarî per la esecuzione della convenzione (2). Gli è appunto in questo senso valida ed obbligatoria la promessa di prestito, perciocchè contenendo una convenzione propria e non illecita, ed avendo per base l'intenzione o la volontà di obbligarsi, non la si potrebbe far rimanere senza effetto nello stato della nostra legislazione.

Giovi però ripetere: siffatta convenzione non costituisce ancora il prestito, il quale non può esistere senzachè abbia avuto luogo la tradizione della cosa, sia volontariamente, sia coll'autorità della giustizia in caso di rifiuto del promittente. Fino a questo punto ella riman sottoposta alle regole applicabili a tutti i contratti in generale; solo per effetto della tradizione ella diviene un vero prestito, e quindi va governata colle regole proprie di questo contratto, le quali differiscono dai principî generali, massime per ciò che riguarda i rischi della cosa e la responsabilità delle parti (art. 1882, 1883, 1887, 1889, 1891, 1893, 1898 (1754, 1755, 1759, 1761, 1763, 1765, 1770)).

V. — **14.** Ciò detto, parleremo successivamente ed in particolare delle due specie di prestito, seguendo mano mano le disposizioni del Codice; quindi, in occasione del prestito di consumo, seguendo sempre il Codice, parleremo di una forma speciale di questo contratto, cioè del *prestito ad interesse*, il quale, come più innanzi diremo, sarebbe stato meglio collocato nel titolo della *Locazione* (infra, nn. 221 e seg.).

Vedi nondimeno Toullier (t. VI, n. 17); Duvergier (*Del Prestito*, n. 25).

(1) *Vedi* specialmente Toullier e Duvergier (*loc. cit.*).

(2) Colmar, 8 maggio 1845 (S. V., 47, 2, 117; Dalloz, 46, 2, 219; *J. Pal.*, 1846, t. I, p. 161). — *Vedi* pure gli scrittori citati nelle note precedenti. — *Junge*: Toullier (t. VI, p. 421); Aubry e Rau, secondo Zachariae (3ª edizione, t. III, p. 203, nota 3). — *Vedi* nondimeno Massè e Vergè (*loc. cit.*).

CAPITOLO PRIMO.

DEL PRESTITO AD USO, O COMODATO.

SOMMARIO

15 Divisione.

15. I compilatori del Codice hanno diviso questo capitolo in tre sezioni, nelle quali trattasi successivamente:

1. Della natura del prestito ad uso;
2. Delle obbligazioni del comodatario;
3. E delle obbligazioni del comodante.

SEZIONE PRIMA.

DELLA NATURA DEL PRESTITO AD USO.

1875 (1747). Il prestito ad uso, o sia comodato, è un contratto col quale una delle parti consegna all'altra una cosa, perchè se ne serva, coll'obbligo a colui che la riceve di restituirla dopo che se ne sia servito.

1876 (1748). Il comodato è essenzialmente gratuito.

1877 (1749). Il comodante ritiene la proprietà della cosa data in prestanza.

SOMMARIO.

I. 16. Definizione del prestito ad uso e divisione.

II. 17. È un contratto reale che si forma colla tradizione: rimando. — 18. In che differisce dagli altri contratti che si formano pure colla tradizione: dal deposito, dalla locazione di servigi, dal pegno, ec — 19. Questo contratto riguarda soltanto la cessione dell'uso della cosa: conseguenza.

III. 20. Questo contratto è essenzialmente gratuito, nel che appunto si avvicina alla donazione.—21. Nondimeno l'essere gratuito non esclude l'idea d' un certo calcolo. Può anche qualche volta avvenire che la convenzione riesca direttamente vantaggiosa pel comodante, costituendo nompertanto un prestito.

IV. 22. Il comodante conserva sulla cosa il dritto che prima vi aveva. Disposizione incompleta dell'art. 1877 (1749).—23. Dal principio che il comodante conserva i suoi dritti sulla cosa risulta che egli abbia un' azione reale per farsela restituire. — 24. Però la sua azione si prescrive se la cosa è presso terzi. — 25. Secus finchè la cosa è posseduta dal comodatario. — 26. Transizione.

V. 27. Il prestito ad uso è di sua natura un contratto unilaterale. Conseguenze. — 28. Nondimeno può accidentalmente prendere il carattere sinallagmatico; per ciò appunto viene annoverato fra i contratti sinallagmatici imperfetti. *— 29. Osservazione relativa alle promesse di prestare.*

VI. 30. La pruova del prestito ad uso va sottoposta alle regole ordinarie sulla pruova delle obbligazioni convenzionali.—31. Nondimeno la cosa non sarebbe necessariamente perduta dal comodante per mancanza di pruova scritta della convenzione. — 32. Nel caso di prestito d' immobili, il comodante può provare con titoli o testimoni, se non il prestito, almeno il suo dritto alla proprietà o al possesso.—33. Quid nel caso di prestito ad uso di mobili? Discussione. — 34. Continuazione: il comodante può provare nel medesimo modo il suo dritto di proprietà. —35.

Fatta questa pruova, il comodatario può esser condannato ai danni, se abbia distrutto o deteriorato la cosa.— 36. Transizione.

I. — **16.** Secondo la definizione di Pothier, « il prestito ad uso è un contratto col quale uno dei contraenti dà gratuitamente all' altro una cosa, perchè se ne serva ad un uso determinato; e quello che la riceve si obbliga di restituirla dopo che se ne è servito. » I compilatori del Codice han tolto da Pothier questa definizione, riproducendone le parti essenziali negli articoli 1875 a 1877 (1747 a 1749). E noi, esaminandole mano mano, parleremo successivamente della natura e dell' oggetto del contratto; del carattere gratuito della convenzione; del suo effetto per ciò che riguarda i dritti alla cosa, il che ci darà agio a determinare i caratteri del contratto, e le relazioni o differenze che esso presenta con parecchie altre convenzioni. Diremo quindi a qual classe di contratti appartenga il prestito ad uso, e come possa provarsene l'esistenza.

II. — **17.** L' art. 1875 (1747) ci dice in prima, che il prestito ad uso è un *contratto col quale* una delle parti *consegna* all' altra una cosa. Forse a rigore la formola non è di una esattezza e correzione inappuntabile, in quanto che la *consegna*, fondamento della convenzione e principio generatore della obbligazione che ne risulta, è un fatto materiale che non compiesi *col contratto*, il quale serve unicamente a provare l'accordo delle parti. Nondimeno la parola ha il suo significato, ed è questo: che la tradizione, come è stato già da noi accennato, è uno degli elementi essenziali del prestito, il quale in questo senso è un contratto reale (sopra, n. 12).

18. Il medesimo articolo aggiunge, che la cosa è consegnata al comodatario, *perchè se ne serva*... Ciò mira a qualificare la convenzione e a contraddistinguerla da parecchi altri contratti che si effettuano pure colla tradizione, la quale però in questi ha una causa del tutto diversa dalla intenzione di procurare l'*uso* della cosa a colui che la riceve.

Per esempio, se voi mandate presso di me la vostra biblioteca onde io ve la custodisca e conservi, non faremo certamente un prestito, ma un *deposito*, se io me ne incarico gratuitamente, una *locazione di servigi*, se mediante un prezzo.

Ovvero, se l' invio fattomi della vostra biblioteca serva a garantirmi il pagamento di un mio credito di 5,000 franchi, noi non faremo nemmeno un prestito, ma un *pegno*.

O infine, se io vi mando una cosa onde vederla, stimarla, o farne saggio pria che la compraste; non sarà questo nemmeno il prestito ad uso propriamente detto, ma un *contratto innominato*, un partito da noi preso per far riuscire un negozio progettato o possibile (1).

19. Un'ultima cosa è a notare qui sull'art. 1875 (1747), cioè quella parte di disposizione in cui è stabilito che il comodatario riceve la cosa *coll' obbligo di restituirla dopo che se ne sia servito.* Sicchè, la cosa che deve restituirsi è quella medesima stata data in prestanza. In ciò il prestito ad uso distinguesi dal prestito di consumo, in cui il mutuatario ha obbligo di restituire una cosa della medesima specie. In ciò parimente il prestito ad uso, che per altri aspetti si identifica colla donazione, come quanto prima vedremo, distinguesi non di meno da questo contratto nel quale, salvo i casi di revoca, la cosa consegnata non deve mai restituirsi da colui che l'ha ricevuto. In fatti, per effetto della donazione, la proprietà della cosa donata passa dalle mani del donante in quelle del donatario, mentre il prestito ad uso non conferisce punto la proprietà della cosa a colui che la riceve. Ciò è detto nell'articolo 1877 (1749), del quale più innanzi parleremo, dopo di aver detto di un altro

(1) *Vedi* Pothier (nn.93 e seguenti).—*Junge*: Delvincourt (t. III, p. 405, nota 1, edizione del 1824); Duranton (t. XVII, n. 496); Duvergier (*Del Prestito*, nn. 22 *e seg.*).—*Conf.* Cass., 13 maggio 1831, (S. V., 31, 1, 373; *J. Pal.*, t. XXVI, p. 518; Dalloz, 31, 1, 265).

elemento essenziale al prestito ad uso, cioè l'essere *gratuito*.

III. — 20. *Questo prestito è essenzialmente gratuito*, dice in fatti l' art. 1876 (1748), aggiungendo in tal modo un elemento essenziale alla definizione datane nel precedente articolo. L' essere gratuito adunque è proprio dell' essenza del prestito ad uso ; nel che appunto questo contratto, come testè dicemmo, si avvicina alla donazione, che è il contratto a titolo gratuito per eccellenza. Potremmo anzi dire che il prestito ad uso, come tutti gli altri contratti di beneficenza, analizzandone con attenzione gli elementi, altro in sostanza non è che una donazione di un'indole particolare. E di fatti, nel mentre la donazione propriamente detta è costituita dall' abbandono gratuito del dritto più pieno che possa aversi sopra una cosa, il dritto di proprietà, il prestito è costituito dallo abbandono gratuito di uno degli elementi della proprietà , l' uso. Sicchè lo si può qualificare *una donazione dell'uso*, come potrebbe chiamarsi *donazione di servigi* il mandato o il deposito, che è anche un mandato di un genere particolare, e *donazione di credito* la fidejussone.

Checchè ne sia, il prestito ad uso è essenzialmente gratuito ; nel che appunto lo si distingue senza equivoco possibile dai contratti a titolo oneroso fondati sulla tradizione fatta collo scopo di procurare l'uso della cosa consegnata a colui che la riceve. « Se per accordarvi l' uso di una cosa , dice Pothier con molta esattezza , io domando da voi un qualche compenso, sarà un commercio che io fo : non sarà più certamente il contratto di prestito ad uso, ma un' altra specie di contratto , cioè , o una *locazione*, se il compenso consista in una somma determinata , o un contratto innominato, che abbia più della locazione che del prestito , quando vi obbligate a darmi , o farmi qualche altra cosa (1). » Pertanto, onde la convenzione tra chi dà o chi riceve in prestito una cosa costituisca veramente il prestito ad uso o comodato, è necessario che la tradizione sia fatta a titolo di beneficenza , cioè senza alcuna idea di guadagno da parte di colui che abbia consegnato la cosa, il quale deve unicamente aversi proposto di rendere un servigio gratuito.

21. Notiamo però che, sebbene sia dell'essenza del prestito l'essere un contratto di beneficenza e a titolo gratuito, pure alle volte può non andare esente da certa idea di calcolo. Colui il quale oggi presta, può avere un fine riposto, quello forse di trovare il comodatario più inclinato a rendergli servigio quando sarà per domandargliene. Può anche avvenir caso in cui il prestito torni direttamente in vantaggio del comodante , per esempio, quando questi dia in prestito la sua vettura e il suo cavallo al suo mandatario, onde possa conchiudere con più rapidità il negozio di cui l'ha incaricato.

Ma il giureconsulto non deve in questo , come nè in altro contratto, badare al motivo determinante, *alla causa lontana* del contratto, dovendosi unicamente pigliar pensiero del motivo immediato, *della causa prossima e diretta* (2); e quando nel contratto scorga soltanto un servigio unilaterale reso da una delle parti all'altra senza equivalente giuridico, egli non dovrà esitare a scorgervi un contratto di beneficenza e considerarlo come sottoposto alle regole proprie di cotesti contratti. Siccome l'abbandono volontario e gratuito che fa ad un terzo il proprietario di una cosa costituisce la donazione, qualunque si fossero i motivi da cui il donante è stato determinato, così l'abbandono gratuito, non della proprietà, ma dell' uso temporaneo di una cosa, costituirà il contratto di prestito , non importando quali motivi abbiano determinato il proprietario a tale abbandono.

IV. — 22. L'ultimo elemento essenziale della convenzione di prestito ad uso consiste in ciò, che il comodante *conserva e ritiene*

(1) *Vedi* Pothier (*Del prestito ad uso e del precario*, n. 3). *Vedi* pure l'esposizione dei motivi della legge fatta da Galli (Locré, t. XV, p. 36; Fenet, tom. XIV, p. 430).

(2) *Vedi* Marcadè (sull'art. 1108 (1062), t. II, p. 2., n. 400).

il dritto che avea precedentemente sulla cosa. In questo senso è detto nell'art. 1877 (1749), che *il comodante ritiene la proprietà della cosa data in prestanza* ; la quale disposizione è certo incompleta, avvegnachè, come vedremo nel commentario dell'art. 1878 (1750) (*infra*, n. 44), possa anche darsi in prestito la cosa altrui. Adunque la formola da noi adoperata, che per altro è tolta da Delvincourt (1), se non più esatta, è almeno più completa di quella della legge, la quale si è occupata del caso ordinario, *de eo quod plerumque fit*, cioè del caso in cui il comodante è proprietario. La regola con essa stabilita fa notare un' altra differenza tra il prestito ad uso e quello di consumo, differenza che ha il suo corollario nell'altra già accennata (*sopra*, n. 19) relativa al modo di esecuzione dell'obbligo di restituire. Aggiungasi che, non solo rimane al comodante la proprietà senza passare al comodatario, ma che inoltre costui non acquista nemmeno il possesso della cosa nel senso giuridico della parola, ma un possesso precario, non essendo altro che un semplice detentore (2).

23. Dal principio che il comodante conserva e ritiene il dritto che avea prima sulla cosa, e specialmente che ne rimane proprietario non ostante il prestito, ne segue per conseguenza ch'egli abbia un'azione reale per farsela restituire, sia dal comodatario, sia dai terzi in prò dei quali costui l' abbia alienato, o presso i quali si trovi per una causa qualunque. Qui però convien rilevare una notevole differenza.

24. Quando la cosa prestata sia presso un terzo da cui il comodante la reclami, potrà quegli opporre la prescrizione, se si trovi in grado di farla valere, essendo per lui l' unico rimedio possibile. Questo caso per altro avverrà di frequente, almeno quando si tratti di mobili corporali, la prescrizione dei quali è istantanea (Cod. Nap., art. 2279 (2175)). Gli è vero che la legge vi fa eccezione per gli oggetti rubati o perduti. Ma sembra che qui non sarebbe il caso dell'eccezione, massime se l' oggetto del prestito fosse stato venduto dal comodatario al terzo contro cui il comodante ne domanderebbe la restituzione.

Infatti, come vedremo commentando gli articoli 1880 e 1884 (1752 e 1756), la vendita fatta dal comodatario della cosa prestatagli non costituisce nè furto nè abuso di confidenza (n. 71); diguisachè il fatto di essere stata la cosa prestata venduta dal comodatario, non sarebbe di ostacolo alla prescrizione istantanea in favore del terzo che l'avrebbe comprata.

25. Ma sarebbe ben altrimenti quando l'oggetto reclamato dal comodante sia presso il comodatario. Questi, finchè è detentore della cosa prestata, qualunque si fosse, non ne può mai prescrivere la proprietà, per quanto lungo sia il tempo trascorso. È questa una conseguenza necessaria della natura medesima del suo possesso. Egli, come semplice detentore della cosa, ne ha avuto fin da principio un possesso *precario*, di cui non ha potuto giammai mutare il titolo. E questo possesso, che non è mai utile a fare acquistare la proprietà per mezzo della prescrizione, reclama perpetuamente, secondo la frase di Pothier, per la restituzione della cosa a colui che l'ha prestato. Se dunque il comodante provi, anche dopo scorsi trenta anni, che egli sia proprietario, dovrà venirgli restituita la cosa sua (3); e questa pruova, come ha fatto saggiamente osservare Duranton, potrà anche farla dopo i trenta anni per mezzo dell'atto di prestito; perciocchè se quest'atto, come produttivo di obbligazione, è prescritto, sussiste però in tutto il suo vigore come mezzo di pruova del dritto di proprietà contro colui che, sendo stato comodatario in principio e con questo titolo detentore, dovrà riputarsi, fino a pruova contraria, aver continuato sempre a detenere col medesimo titolo.

26. A questo punto ci cadrebbe in ac-

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 196 e 403, nota 4).
(2) *Vedi* Pothier (n. 4).
(3) *Vedi* Pothier (n. 47). *Vedi* pure Duvergier (n. 96); Duranton (t. XVII, n. 542); Mourlon (*Rip. scritte*, t. III. p. 384, 5ª edizione).—*Vedi* nondimeno Bugnet, sopra Pothier (*loc. cit.*).

concio insistere sulla pruova del prestito. Però convien prima fare alcune osservazioni sulla forma della convenzione, e vedere in qual classe di contratti debbasi annoverarla.

V. — 27. Il prestito ad uso è un contratto sinallagmatico ovvero unilaterale? Per sua natura, esso è evidentemente unilaterale, poichè la sola obbligazione che ne deriva necessariamente è quella che incombe al comodatario di restituire la cosa al termine stabilito e nello stato in cui l'ebbe ricevuto. Una scrittura privata che provi la convenzione non avrebbe bisogno di esser formata in doppio originale (art. 1325 (1279)), bastandone uno solo, che sia firmato dal comodatario.

28. Nondimeno può avvenire, per effetto di circostanze possibili, per esempio nel caso che il comodatario abbia fatto spese necessarie per la conservazione della cosa, che il comodante fosse a sua volta obbligato verso il comodatario; così, per eccezione e casualmente, il contratto può prendere un carattere sinallagmatico. Quindi per tale particolarità lo si dovrà annoverare tra i contratti *sinallagmatici imperfetti* (1), come gli altri contratti in cui la medesima particolarità si verifica. Però, per tutto ciò che riguarda le quistioni di pruova, lo si dovrà sempre considerare come contratto unilaterale.

29. Parimente, la promessa di prestito, di cui sopra cercammo determinare il valore e precisare il carattere (*vedi* nn. 12 e 13), è un contratto unilaterale. Ma in questo caso non è più il comodatario il solo obbligato, bensì quegli che ha fatto la promessa di prestare, il quale sarà obbligato fino al momento della tradizione; e quindi un atto da lui sottoscritto basta per la esistenza legale della convenzione, come è stato dichiarato nella decisione della Corte di Colmar, da noi sopra esaminata sotto un altro aspetto (nn. 12 e 13).

VI. — 30. Daremo compimento al commentario degli art. 1875 a 1877 (1747 a 1749), esaminando le quistioni di pruova relative al prestito ad uso. Tali quistioni offrono dei punti difficili, la soluzione dei quali dipende dal partito che sarà da noi preso sulla quistione preliminare, cioè se il prestito debba provarsi secondo le regole ordinarie della prova delle obbligazioni convenzionali, e specialmente se possa provarsi in altro modo che per iscritto quando ha per oggetto un valore maggiore di 150 franchi.

La quistione fu vivamente dibattuta sotto l'impero delle ordinanze del 1566 e del 1667, le cui disposizioni sono state riprodotte negli articoli 1341 (1295) e seguenti del nostro Codice. Gli antichi scrittori citano due decisioni del Parlamento di Parigi che ammisero la pruova testimoniale di un *comodato* o *prestito di cortesia*, come lo chiama Caronda: l'una degli 11 aprile 1574, profferita nella sessione di Pasqua; l'altra del mese di marzo 1624, pronunziata dal Presidente Sègnier, in una specie in cui, sulla domanda di certa signora che chiedeva provare colla deposizione di venti testimoni il prestito da lei fatto ad una sua vicina di una collana di perle del valore di 500 scudi, fu ammessa la pruova testimoniale.

Danty, che cita queste decisioni, ne difende energicamente il principio. Il prestito, in sostanza egli dice, è un contratto essenzialmente di buona fede e di lealtà, che si conchiude, non come un affare giuridico, ma come una di quelle relazioni giornaliere che assicurano la buona armonia tra vicini ed amici. Non vi è caso che un che dia in prestito pensi a richiedere uno scritto da colui a cui dà la cosa; mentre un tale atto di diffidenza sarebbe per quest'ultimo una vera offesa. Può dunque ben dirsi che il comodante sia stato nella impossibilità *morale* di procurarsi una pruova scritta, e che quindi la legge non ha potuto volergli negare la pruova testimoniale nel caso in cui, per la mala fede del comodatario, ci fosse costretto a ricorrere a

(1) *Vedi* Pothier (n. 3); Delvincourt (al testo, p. 196); Troplong (n. 9); Mourlon (*loc. cit.*, p. 374); Berriat Saint-Prix (t. III, n. 7491). — *Vedi* imperfanto Toullier (t. VI, n. 19); Taulier (t. VI, p. 421).

questo mezzo.—La medesima opinione era anche seguita da Despeisses (1).

Sotto il Codice Napoleone, le medesime idee sono state qualche volta propugnate, e le vediamo in fatti riprodotte in una decisione oramai antica della Corte di Colmar, la sola per altro che abbia giudicato la quistione (2). Eccone la specie.

Essendo caduto in fallimento certo Briffault, pagatore a Colmar, l'agente giudiziario del Tesoro ne fece sequestrare i mobili. Immediatamente dopo il sequestro si presentò certo Sitter, reclamando due botti di acquavite che si trovavano nella cantina di Briffault; e domandò di essere ammesso a provare che quelle a lui appartenevansi, avendogli Briffault prestato l'uso della cantina in cui si trovavano. Interveniva quest'ultimo nel giudizio, e dichiarava che difatti le due botti erano proprietà di Sitter. In questo stato di cose, il tribunale di Colmar autorizzò la pruova, e poi con altra sentenza ordinò la distrazione delle due botti reclamate. — Appello dalle due sentenze per parte dello agente giudiziario del Tesoro: egli sosteneva trattarsi nella specie di un deposito volontario che non può venir provato se non per iscritto, e che in conseguenza il tribunale non avrebbe dovuto permettere la pruova testimoniale. Ma l'appello fu rigettato dalla Corte di Colmar, la quale, ricordati i fatti ed esclusa l'idea del *deposito volontario*, aggiungeva tra gli altri motivi, « che nel caso di che trattasi non potrebbe altro vedersi che un *prestito ad uso o comodato*. Briffault ha prestato gratuitamente la sua cantina all'intimato onde vi conservasse le sue botti di acquavite, in una annata in cui la vendemmia era stata così abbondante che a nessuno, per così dire, furono bastanti i propri mezzi per ripostare tanta quantità di liquidi. Se le botti di acquavite fossero perite, la perdita sarebbe stata per conto dello intimato, mentre nel caso di un deposito volontario, il depositario è risponsabile della perdita della cosa depositata:—Considerando che i giureconsulti classificano il prestito ad uso tra i contratti di beneficenza; che il legislatore il quale ha vietato la pruova testimoniale del deposito volontario, senza proibirla nel caso del prestito ad uso, *ha considerato la facilità di confidare qualche cosa ad un amico che ce la chiede più come un fatto che come una convenzione*; ed è appunto questo fatto che i giudici *a quo* permisero allo intimato di provare con testimoni, cioè che le due botti di acquavite a lui appartenevansi, e che Briffault non altro fece che dargli in prestanza la sua cantina; *in questo ed in altri simili casi tale confidenza è frequente nella società, perchè fondata sui primi sentimenti della umanità: e si verrebbe proprio a distruggerla, se si pretendesse sempre una scrittura e si togliesse la libertà di provare il fatto con testimoni*... »

Ma siffatte idee vengono apertamente in urto col testo dell' art. 1341 (1293) del Codice Napoleone, come per altro anche quelle di Danty, di cui queste sono la ripetizione, venivano in opposizione col testo delle ordinanze. Ed è notevole, che la opinione contraria ammettevasi come tesi, come principio certo, come regola di dritto, ma non si esaminava come un punto di controversia. E questo specialmente è il metodo di Pothier, il quale, dopo aver detto appartenere il prestito ad uso alla classe dei contratti *juris gentium*, in quanto che vien governato colle sole regole del dritto naturale, senz' essere soggetto ad alcuna formalità di dritto civile, aggiunge: « Che se, come tutti gli altri contratti, dev'essere stipulato con una scrittura, quando il valore della cosa prestata ecceda le 100 lire, *siffatta formalità richiedesi per la pruova del contratto*, e non già per la sua sostanza (3) ». Il medesimo deve oggi indubitatamente dirsi, secondo la disposizione dell'art. 1341 (1293) del Codice Napoleone. « Per qualunque cosa, in esso è detto, che

(1) *Vedi* Danty, sopra Boiceau (2ª parte, addiz. al capit. VII, nn. 6 e 7, p. 527); Despeisses (*Del Comodato*, § 7, n. 7).

(2) Colmar, 18 aprile 1806 (S. V., 6, 2, 963, e Coll. nov., 2, 2, 136; Dalloz, *Rep. alf.*, 11, 342).

(3) *Vedi* Pothier (n. 8). — *Vedi* pure Boiceau (*Della pruova testimoniale*, parte 1ª, cap. VIII, pag. 62).

ecceda la somma o il valore di 150 franchi, dee stendersene atto innanzi notajo, o con privata scrittura... » La qual disposizione è abbastanza generale e precisa, perchè si possa far declinare la regola per considerazioni puramente di fatto. In quanto alla impossibilità morale che allegasi in favore del comodante, se pur fosse vera, non è sembrata ai compilatori del Codice tale ragione giuridica da potere render necessaria una eccezione alla regola generale dell'art. 1341 (1295). Ed invero, se tale impossibilità morale ritrovasi in qualche parte, non lo si potrà certo più che nella materia del deposito; avvegnachè nessun altro contratto sia più o quanto quello di deposito un contratto di confidenza. Or il deponente, che domanda un servigio, avrà certo meno ardire del comodante, che in fin dei conti è quel che lo rende, di chiedere una dichiarazione scritta dal depositario. E pure il Codice, nell'art. 1923 (1795), ha formalmente voluto che il deposito di un valore maggiore dei 150 franchi sia provato per mezzo di scrittura. Con più buona ragione dunque la regola generale dovrà applicarsi al comodato; e quindi il comodante o il comodatario, volendo allegare la convenzione, dovranno farne la pruova per mezzo di scrittura (1).

31. Però, è giusto avvertire, che non per questo il comodante cui manchi una scrittura da opporre al comodatario che neghi il prestito, debba sempre necessariamente perdere la cosa sua. No: questo risultato sarà possibile qualche volta; ma non avverrà che ben di rado, imperciocchè quasi sempre il comodante, fuori anche del contratto di prestito, troverà qualche mezzo giuridico adatto a fargli ricuperare la cosa di cui si è imprudentemente spossessato.

32. Per mò d'esempio, quando la cosa prestata è un immobile, il comodante, se ne è il proprietario, potrà intentare l'azione di rivendica contro il comodatario, o anche contro i terzi a cui quest'ultimo l'avrebbe trasferito. Se ne è semplice possessore, potrà pure intentare contro i medesimi le azioni possessorie, purchè sia entro i termini (art. 23 (127) del Codice di procedura). Il comodante non sarà assolutamente privo di qualunque azione, se non se nel caso, quasi impossibile a supporre, in cui egli non fosse nè proprietario nè possessore dell'immobile prestato. Or, salvo questo caso interamente eccezionale, il comodante, o coll'azione possessoria, o con quella di rivendica, potrà, giusta i principî più incontrastati, stabilire il suo dritto o con titoli o con testimonî. In tal modo appunto Troplong ha cercato giustificare la decisione profferita dalla Corte di Colmar, nella specie da noi riferita al n. 30, in occasione di un comodato che difatti avea avuto per oggetto parte d'un immobile (2). Però nemmeno questa ragione, che per altro non fu invocata nè poteva invocarsi dalla Corte di Colmar, vale a giustificare la sua decisione. Il fatto della specie non permetteva di ricorrervi; perocchè la lite agitavasi, non tra il comodante che rivendicasse la cosa sua e il comodatario che negasse il prestito, ma tra quest'ultimo, che per contro opponeva il comodato, ed un terzo sequestrante contro cui il comodatario volea stabilire, colla pruova del prestito, la legittimità della sua dimanda di distrazione. È certamente, fu appunto perchè non potè nella specie carezzarsi l'idea d'un' azione possessoria o d'un' azion di rivendica, che la Corte di Colmar, onde giungere alla pruova testimoniale che avea intenzion di permettere, cercò giustificare la sua decisione con quelle considerazioni di fatto che, come testè vedemmo, non possono oggi conciliarsi colla disposizione dell'art. 1341 (1295) del Codice Napoleone, del pari che nol poteano prima colle antiche ordinanze. —Ma checchè ne sia, questo mezzo sarà sempre la guarantigia del comodante d'immobili, ogniqualvolta sia nel caso di valersene.

33. Quando la cosa prestata è mobile, il comodante sarà assai più insicuro, se

(1) *Conf.* Toullier (t. IX, n. 30); Duranton (t. XIII, n. 313, e t. XVII, n. 498); Duvergier (n. 51); Troplong (nn. 58 a 68); Taulier (t. VI, p. 421).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 67 e 68).

manchi di una pruova scritta della convenzione. Il semplice suo possesso non sarebbe un titolo sufficiente onde vincere la opposizione del comodatario, e ricuperare la cosa, ove quest'ultimo neghi il prestito; non potendosi, almeno in generale, applicare ai mobili l'azione possessoria (1). Bisogna dunque ch'ei sia proprietario della cosa mobile prestata, onde possa aver la speranza di ricuperarla; avvegnachè allora, se la cosa non si ritrovi presso un terzo di buona fede, nel qual caso non potrebbe rivendicarla (*sopra*, n. 24), ma presso il comodatario medesimo che si neghi a restituirgliela, egli avrebbe ben dritto contro quest' ultimo ad esercitare l' azion di rivendica.

34. E nondimeno siffatta soluzione è stata contraddetta. Trattandosi di mobili, dice specialmente Troplong (2), il semplice possesso fa divenir proprietario per effetto di una prescrizione istantanea (art. 2279 (2185)). Or perchè mai il comodatario non potrebbe allegare tale prescrizione, sostenere che siasi verificata in suo favore, e respingere così la rivendica chiesta dal comodante, che si pretende proprietario? Certamente, una delle condizioni della prescrizione così invocata è la buona fede del possessore. Ma la buona fede si presume sempre fino a pruova contraria; per far venir meno tale presunzione, dovrebbe il comodante provare che il comodatario sia di mala fede. Or nella specie, la pruova della mala fede è impossibile, perocchè la prima cosa indispensabile a fare sarebbe la pruova del fatto, cioè una pruova negata al comodante, quando, essendo il prestito di un valore maggiore dei 150 franchi, non sia la convenzione fatta per iscrittura. Diguisachè il comodante dovrebbe sempre esser vinto dalla eccezione opposta dal comodatario.

Ma siffatto ragionamento, con buona pace di tanto scrittore, è vizioso almeno nella sua ultima parte. Perchè mai, pria di provare la mala fede, si dovrebbe necessariamente provare il prestito ad uso? Gli è vero che la pruova del prestito implicherebbe la pruova della mala fede del comodatario che oppone la eccezione; ma che? non vi sarebbe dunque alcun altro mezzo di pruovarla? Al postutto, in questo caso trattasi di una domanda di rivendica. Or bene, e se l' attore pruovi dapprima che la cosa rivendicata a lui appartiensi, e quindi che la medesima cosa passò fortuitamente in potere del convenuto, se provi da ultimo che costui abbia conoscenza di non aver dritto sulla cosa, tutti questi fatti, che non presuppongono per nessun modo l' esistenza del prestito, proveranno certamente la mala fede del convenuto, non potendo essere di buona fede colui che detiene indebitamente la cosa che sa di non esser sua. Certamente, questa pruova l' attore non la potrà fare con molta agevolezza; ma per quante difficoltà possa incontrare, ciò in principio non sarebbe d' ostacolo al suo dritto di tentarla; e se vi riesce, egli dovrà riacquistare la cosa sua con questo mezzo della rivendica, che la legge non ha potuto volergli negare (3).

35. Aggiungiamo che, nel caso sempre di mancanza di pruova scritta del prestito, la pruova della proprietà del comodante e della mala fede del comodatario basterebbe per far condannare quest'ultimo ai danni ed interessi, se avesse distrutta o deteriorata la cosa, o vendutala ad un terzo di buona fede, contro cui, come sopra dicemmo (n. 24), non sarebbe più possibile la rivendica.

36. Qui han fine le nostre osservazioni sugli art. 1875 a 1877 (1747 a 1749); passeremo ora a vedere quali cose possano formare oggetto di un comodato.

(1) *Vedi* Boitard e Colmet-Daage (*Lezioni di procedura civile*, t. I. n. 628).

(2) *Vedi* Troplong (*loc. cit.* nn. 61 a 65).

(3) *Conf.* Bugnet, sopra Pothier (n. 19, nella nota).

1878 (1750). — Tutto ciò che è in commercio, e che non si consuma coll' uso, può essere l' oggetto di questo contratto.

SOMMARIO.

I. 37. Gli immobili, del pari che i mobili, possono essere oggetto del prestito ad uso. — 38. Ma in tutti i casi, due condizioni sono necessarie.
II. 39. Bisogna in pria, che la cosa sia stata considerata dalle parti come corpo certo. Rettificazione della formola usata dall' art. 1878 (1750). Rimando.
III. 40. Bisogna inoltre che la cosa sia in commercio.—41. Il prestito d' una cosa vietata è assolutamente nullo, qualunque sia stata l' intenzione delle parti; sarebbe tale il prestito d' un cattivo libro ad un che voglia confutarlo.—42. Il prestito d' una cosa, anche non proibita, sarà parimente nullo, quando sia stato fatto collo scopo di commettere o agevolare un crimine o un delitto. — 43. Però, in questi due casi, la nullità del prestito non toglie al comodante di far valere i dritti che ha sulla cosa, indipendentemente dal contratto. Confutazione della opinione contraria.
IV. 44. Non è necessario aver la proprietà d'una cosa per poterla prestare ad uso: del prestito della cosa altrui; caso in cui può aver luogo; suoi effetti. — 45. Però non si può prestare la cosa di cui si ha la proprietà senza il possesso. — 46. Bensì, il proprietario della cosa può toglierla in prestito dal possessore. Ed il nudo proprietario potrebbe prendere in prestito dall' usufruttuario la cosa di cui ha la proprietà.

I. — 37. Tutte le cose che sono in commercio possono formare oggetto del prestito ad uso: questa disposizione dell'art. 1878 (1750) è generale, e comprende quindi tanto le cose immobili che le mobili. Invero, siffatta convenzione d' ordinario riguarda le cose mobili; ma l'uso degli immobili può anche formarne oggetto, avvegnachè non vi faccia ostacolo la legge. Così, siccome può darsi in prestito ad uso la propria vettura, i cavalli, l'argenteria, le gioie, i libri, ecc., potrà anche prestarsi l'uso della propria casa o di parte della stessa, per esempio il granajo o la cantina, come nella specie citata al n. 30. Su ciò non abbiamo nient'altro a precisare, se non che il comodato distinguesi anche in ciò dal prestito di consumo o semplice prestito, il quale d'ordinario ha per oggetto cose mobili (*infra*, n. 148).

38. Però è mestieri immorare sulle condizioni necessarie onde una cosa qualunque possa esser data in comodato. L'art. 1878 (1750) ne indica due, una delle quali, di cui or ora parleremo, è inesattamente definita.

II. — 39. Primieramente, per esservi prestito ad uso, vuolsi che la cosa prestata sia stata considerata dalle parti come corpo certo. Il nostro art. 1878 (1750), che per altro è la fedele riproduzione del testo di Pothier (1), manca dunque di precisione e di chiarezza nel dire che *tutto ciò che non si consuma coll' uso* può essere l'oggetto della convenzione; nel che scorgesi la traccia dell'errore in cui son caduti i compilatori del Codice, confondendo o piuttosto identificando le cose di consumo colle cose fungibili (*sopra*, nn. 7 e 8). Preso alla lettera, questo articolo farebbe credere che le cose che si consumano coll'uso non possano formare oggetto di un comodato; il che appunto è stato da Pothier elevato in principio: « Essendo proprio di questo contratto, egli dice, che colui che riceve in prestito la cosa, si obbliga a restituir la medesima *in individuo*, dopo essersene servito, ne segue che le cose di cui non si può far uso senza consumarle e distruggerle non possano formar oggetto di tal contratto (2). » Ma lo stesso Pothier modi-

(1) *Vedi* Pothier (n. 14).

(2) *Vedi* Pothier (n. 17).

fica questa dottrina troppo assoluta, soggiungendo immediatamente che, « noopertanto, può alle volte con queste cose costituirsi il contratto di comodato, prestandole, per esempio, non per l'uso naturale cui esse son destinate, ma per farne semplice mostra, *ad ostentationem*.... Ciò è solito farsi dai ricevitori infedeli, i quali, avendo dato ad usura il danaro della loro cassa, ne chiedono in prestito un numero di sacchi dai loro amici quando aspettano qualche verificazione, onde farla ritrovar piena, e quindi li restituiscono *in individuo* appena fatta la verifica (1). » Non è quindi dubbio che anche le cose di consumo possono formare oggetto di un comodato; e noi, rettificando il nostro articolo, il quale, senza indicarlo espressamente, suppone il contrario, diciamo che tali cose possono infatti prestarsi ad uso, a condizione però che siano dalle parti considerate non come fungibili, ma come un corpo certo (vedi *sopra* nn. 7 e 8).

III. — 40. In secondo luogo è necessario, onde una cosa qualunque possa essere oggetto di un prestito ad uso, che *trovisi in commercio*. Così dispone il nostro articolo, applicando al prestito ad uso un principio generale, comune a tutte le convenzioni riguardanti le cose (Cod. Nap., articolo 1128 (1082)). Sul proposito però convien determinare con precisione alcuni punti.

41. E dapprima, non è punto dubbio che le cose fuori commercio, come quelle appartenenti al demanio pubblico, i libri proibiti, le stampe oscene, le armi vietate, tutte le cose insomma che non possono essere vendute nè regolarmente possedute dai privati, non potrebbero per ciò stesso essere oggetto d'un comodato valido.

Questa opinione è generalmente ammessa. Ma Pothier, e dopo lui qualche altro scrittore, vi fanno eccezione in un caso, quando cioè il comodante fosse stato mosso da un sentimento di onestà, per esempio se abbia prestato un cattivo libro a tal che lo voglia confutare (2). A noi sembra che in tale ipotesi l'intenzion delle parti non possa avere questo effetto preponderante; avvegnachè delle due cose l'una: o la cosa prestata è proibita dalla legge, e allora la sua circolazione, con qualunque intenzione possa esser fatta, costituisce una infrazione alle leggi, nè potrà quindi riguardarsi come valido il contratto che ne deriva; ovvero per contro, la cosa prestata, sebbene per sè stessa perniciosa, è tollerata dalla legge, e allora saranno validi tutti i contratti che possano colla stessa conchiudersi, per quanto cattiva e biasimevole sia stata l'intenzion delle parti, non potendo noi mostrarci più della legge severi.

42. Nondimeno àvvi un caso in cui dovrà necessariamente prevalere la intenzione, e fare annullare la convenzione, quando cioè la cosa sia stata data in prestito per commettere un crimine o un delitto, o agevolarne la perpetrazione. Allora infatti, essendo evidentemente illecita la causa medesima del prestito, dovrà la convenzione annullarsi, in conseguenza dei principî generali (Cod. Nap., art. 1131 a 1133 (1085 a 1087)). Che anzi in tal caso, colui che dà in prestito sarebbe complice del crimine o delitto alla cui esecuzione sia stata adoperata la cosa prestata (Cod. pen., art. 59 e 60 (104 e 103 Cod. pen. italiano)), e quindi potrebbe come tale essere giudicato e condannato.

43. Però è a notare un punto importante. Da quel che abbiam detto risulta che, secondo noi, debba in qualunque ipotesi dichiararsi nullo tanto il prestito d'una cosa proibita dalla legge, quanto quello d'una cosa non proibita, ove il comodante, prestandola, abbia conosciuto che dovesse servire a commettere un crimine o un delitto. Ma pongasi che il contratto sia stato formato ed eseguito; quale sarà allora la condizione rispettiva di chi ha dato e di chi ha ricevuto in prestito? Alcuni scrittori sostengono non competere al comodante al-

(1) *Vedi* Pothier (n. 17).

(2) *Vedi* Pothier (n. 16).—*Junge*: Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 458, nota 7); Boileaux (t. VI, p. 373); Dalloz (alla parola *Prestito*, n. 36); Troplong (n. 33).

cuna azione giuridica, nè per chiedere danni-interessi, nè per ottenere la restituzione della cosa prestata (1). Ma noi non sappiamo adattarci a questa sentenza, per la quale si viene ad un risultato singolare, e ad ogni modo poco giusto, di avvantaggiare cioè, a danno del comodante, un comodatario che non è meno di lui colpevole. Per vero, essendo nullo il prestito, è naturale che il comodante non lo possa allegare a fondamento della sua azione. Ma ciò non gli deve nè gli può certamente impedire di far valere i dritti che possa avere sulla cosa indipendentemente dal contratto. Or, tolto di mezzo questo contratto (ed è necessità che sia tolto, perocchè essendo nullo deve riguardarsi come non esistente), che cosa mai resta? Una condizione creata dal fatto, per la quale il comodante, nel caso almeno in cui sia proprietario della cosa, potrà, per applicazione delle regole sopra stabilite (nn. 31 a 35), intentare la rivendica contro il comodatario, il quale detiene senza causa una cosa che non gli appartiene (2).

IV. — 44. Quando concorrono le due condizioni necessarie alla formazione del comodato, poco importa che la cosa prestata appartenga o no a colui che ne ha consentito il prestito. Infatti, onde procurare l'uso d'una cosa, non è punto necessario averne la proprietà, e si comprende di leggieri che possa darsi in prestito la cosa altrui, avendone l'uso. Sicchè l'usufruttuario, il locatario, il possessore di buona o di mala fede, il ladro medesimo, possono prestare la cosa da essi detenuta.

Solo è a notare, che il prestito della cosa altrui, obbligatorio tra comodante e comodatario, sarà come non avvenuto riguardo ai terzi, i quali potranno far valere i loro dritti sulla cosa, senza tener conto d'un contratto che non li riguarda, facendolo così annullare per via indiretta (3). Per modo d'esempio: Paolo, possessore d'una cosa rubata a Giuseppe, la dà a Pietro a titolo di comodato. Giuseppe potrà senza dubbio rivendicare la cosa sua dal comodatario, il quale, rimanendo vinto dall'azione del proprietario, cesserà immediatamente di aver l'uso della cosa, e sarà nel medesimo tempo libero dall'obbligazione di restituirla, contratta in virtù del comodato; e se il suo comodante Paolo fosse stato di mala fede, potrà domandargli i danni-interessi (*infra*, n. 125).

45. Nel pòr termine al commentario di questo articolo, giovi avvertire, che il detentore della cosa altrui può prestarla ad uso, ma nol potrebbe il proprietario che per una causa qualunque non abbia il possesso della cosa sua. I due termini di questa proposizione sono conseguenza del principio da noi sopra stabilito (n. 12), che il comodato è un contratto reale che si effettua colla tradizione. Il solo possessore è in grado di compiere questo fatto giuridico, che è il principio generatore della obbligazione risultante dal contratto; il che ci spiega come avviene che colui che ha il possesso della cosa senza averne la proprietà può consentire il prestito ad uso, e nol possa colui che ne ha la proprietà senza il possesso.

46. D'onde la conseguenza, strana a primo aspetto, che il proprietario che non può prestare ad uso la cosa di cui non ha il possesso, potrebbe egli medesimo toglierla in prestito dal possessore. Così, un nudo proprietario potrebbe togliere in prestito dall'usufruttuario la cosa di cui ha la nuda proprietà (4). In questo caso non ha che fare l'adagio citato da Pothier: *Commodatum rei suae esse non potest*; mentre il comodato procura al nudo proprietario l'uso della cosa, che non ha, essendo nelle sue mani la semplice proprietà smembrata dall'usufrutto.

(1) *Vedi* specialmente Duranton (t. XVII, n. 505); Troplong (*Del Prestito*, n. 34; *Dei Contr. aleat.*, n. 173); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 458, nota 7).

(2) *Vedi*, in questo senso, Duvergier (n. 32).

(3) *Conf.* Troplong (nn. 38 e 39). *Vedi* pure Duranton (t. XVII, n. 514); Duvergier (n. 33).

(4) *Vedi* Pothier (n. 19). — *Junge*: Duvergier (n. 35); Troplong (n. 42).

1879 (1751). — Le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato, passano agli eredi del comodante e del comodatario.

Ma se il prestito sia stato fatto a contemplazione del comodatario, ed a lui solo personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata.

SOMMARIO.

I. 47. *Le obbligazioni risultanti dal comodato passano agli eredi dei contraenti.* — 48. *Sotto questo aspetto, il comodato differisce dal mandato.*—49. *Tuttavia, nel comodato, questo passaggio delle obbligazioni agli eredi è fondato sopra una presunzione di intenzione, la quale deve venir meno colla pruova contraria.*

II. 50. *Il medesimo avviene nel* contratto di precario, *che è una varietà del prestito ad uso.* — 51. *Secondo il dritto romano e l' antico dritto francese, il contratto cessava per la morte di chi riceveva, ma non sempre per quella di chi dava in prestito.* — 52. *Non così per un' altra specie di precario che avea per oggetto la concessione, non dell'uso, ma del possesso d'una cosa.*— 53. *Applicazione degli antichi principi nel nostro dritto presente.*

III. 54. *Passaggio alle condizioni di capacità richieste per la validità del contratto.— Il comodato rientra negli atti di amministrazione.* — 55. *Per conseguenza, sarà valido se conchiuso tra persone che non abbiano la facoltà di disporre dei loro beni, bensì di amministrarli: del minore emancipato; della moglie separata; del prodigo.* —56. *Costoro hanno la facoltà di dare e di ricevere in prestito ad uso. Confutazione della opinione contraria.*—57. *Ma non sarà valido il contratto se fatto dagli incapaci che non abbiano nemmeno il dritto di amministrare: del minore; dell' interdetto; della moglie non separata. Nondimeno, il contratto sarebbe, non assolutamente nullo, ma soggetto ad essere annullato ad istanza dell' incapace.* — 58. *Conseguenze: condizione del contraente capace nel caso in cui l'incapace sia stato comodante;* — 59 *Ed in quello in cui sia stato comodatario.*—60. *Però, come un temperamento di equità, dovrà permettersi alla persona capace che ha contratto con un incapace di intimare quest' ultimo o il suo rappresentante legale a prender partito.*—61. *Per altro, in molti casi, àvvi luogo a ritenere che l' incapace abbia dato o tolto in prestito in virtù d' un mandato tacito del suo rappresentante legale.*— 62. *Caso in cui il minore divenuto maggiore conservi la cosa prestatagli nella sua minore età.*—63 *Passaggio alle obbligazioni risultanti dal comodato.*

I. — 47. Secondo l'art. 1122 (1076) del Codice Napoleone, si presume che ciascuno abbia stipulato per sè e pei suoi eredi, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione. L' art. 1879 (1751) applica in ispecie al comodato questa regola generale. Il legislatore ritiene che, sebbene un tal contratto sia fondato sopra un sentimento di personale benevolenza, pure nulla vieta onde fosse tra gli eredi continuato il vincolo di dritto stabilitosi primitivamente tra i loro autori. E quindi ha sancito, nella prima parte della disposizione dell'art. 1879 (1751), che le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato passano agli eredi del comodante e del comodatario.

48. Per tale aspetto il comodato differisce dal mandato; avvegnachè, sebbene quest' ultimo contratto sia pure essenzialmente fondato sulla stima e sulla personale confidenza tra due persone, pure la legge non volle che le obbligazioni dallo stesso risultanti passassero agli eredi, avendo compreso tra le cause di estinzione del mandato la morte, sia del mandante, sia del mandatario (Cod. Nap., art. 2003 (1873)).

49. Tuttavia, questa differenza che corre

tra il comodato e il mandato è stata semplicemente stabilita come regola generale, ma non come necessità inevitabile. Infatti, la medesima disposizione in cui è posto il principio, consacra parimente il dritto dei tribunali di esaminare, secondo le circostanze, e decidere se sia stata o no intenzion delle parti di conchiudere il prestito per un interesse esclusivamente personale. A tal fine è detto nel secondo paragrafo dello art. 1879 (1751), che quando il prestito è stato fatto a contemplazione del comodatario, ed a lui solo personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata.

Comprendesi di leggieri che non possa stabilirsi una regola generale per determinare la misura di questo dritto di estimazione. Tutto quanto può dirsi su di ciò riducesi a questo: le circostanze che guideranno il giudice saran tratte in generale sia dalle clausole e dalle condizioni apposte nel prestito, sia dalla natura della cosa in rapporto colla professione delle parti: per esempio, se siano stati prestati dei libri legali a un avvocato, e il di lui erede o avente causa sia un industrioso, sarà senza dubbio deciso, che quest'ultimo non ha alcun motivo di detenere i libri al suo autore prestati.

II. — 50. In questo luogo torna acconcio parlare di una forma speciale del prestito ad uso, nel quale l' intenzione delle parti inducesi in qualche modo dalla natura stessa e dal carattere del contratto; vogliam dire della convenzione conosciuta sotto il nome di *contratto di precario*.

51. Il precario assume un carattere distintivo per la riserva fatta da chi dà la cosa di riacquistarne il possesso, quando gli piacerà di richiederla. Gli è una specie di prestito senza termine convenuto; una specie di tolleranza da parte del prestatore che concede momentaneamente ad un altro l'uso della cosa propria, con l' intento di ripigliarla a suo piacimento; uno stato di fatto anzichè di diritto. Questo contratto, rarissimo oggigiorno, trae la sua origine dal dritto romano, i testi del quale ci assicurano che lo si faceva in Roma allo spesso. Il precario però, secondo l'espressione di Pothier, *non era un contratto in tutta l'estensione, nè un quasi contratto*; chi concedea precariamente l' uso della cosa, non poteva ricorrere, per farsela restituire, che a mezzi pretoriani, come lo *interdictum de precario*, oltre un'azione *praescriptis verbis* che non era se non se un' azione *utile*, o, in altri termini, fondata solo nell'equità e nella giurisdizione pretoriana (1).

Nel nostro antico diritto francese, il quale, anzi che ammettere questi principî, ritenea che ogni promessa di dare, fare o non fare producesse un vincolo giuridico, il contratto di precario non era un contratto men vero che il prestito ad uso; tuttavolta lo si metteva in pratica col suo carattere speciale, val quanto dire che chi concedeva precariamente l' uso di una cosa non era tenuto di lasciarla al precarista o a chi la riceveva per un tempo determinato, ma potea ripigliarla quando volesse, anche il domani se gli talentasse di farlo (2). Stando così le cose, ben si comprende che, sia nei principî del dritto romano, sia in quelli della nostra antica giurisprudenza, un tal contratto non potea mica riguardarsi come ereditario. I giureconsulti eran d'accordo nel ritenerlo come un contratto che scioglieasi per la morte di colui che avea ricevuto in prestito. Se dovesse parimente risolversi per la morte di colui che dava in prestito era in verità un punto di controversia, e trovansi nel dritto romano dei testi apparentemente contraddittori (*vedi* l. 4, Dig. Locat., e l. 8, § 2, *de Precario*); ma al postutto, metteansi a calcolo le circostanze, i termini coi quali la convenzione érasi fatta; e se per esempio, chiaramente rilevavasi dal contratto che il precario durava a piacimento del prestatore, convenivasi non aver più effetto la convenzione dopo la morte di quest'ultimo(3.)

(1) *Vedi* Pothier (n. 88).
(2) Ibid. (n. 89).

(3) *Vedi* Troplong (n. 47) e le autorità da lui citate. *Vedi* intanto Domat (n. 13).

52. Del resto, vi avea un' altra specie di precario col quale concedeasi l' uso non solo, ma il possesso di una cosa, e che era venuto acquistando un maggior grado di consistenza. Questo contratto trasse pure la sua origine dal dritto romano, e primamente si introdusse sotto l' influenza di quelle cause che, negli ultimi tempi dell'impero romano, apportarono l'accrescimento smisurato ed eccessivo delle grandi proprietà, *latifundia*. I proprietarî di questi immensi dominî, elevandosi al di sopra della legge ed opponendosi all'autorità imperiale, giovavansi dello indebolimento della libera popolazione, quasi per assorbirla in sè stessi, ed il piccolo proprietario, privo d'ogni protezione, comprava quella del potente vicino, cedendogli il suo patrimonio, di cui questi o per avvedimento o per compassione permetteugli il possesso precario mediante il pagamento di una rendita.

I diplomi del 4°, 5° e 6° secolo riguardanti la Francia son pieni di questi abbandonamenti di terre, seguiti da un contratto di precario. Vedesi, penetrando nei fatti, come il precario venisse acquistando stabilità ad ogni passo. L'affetto che i proprietarî spossessati serbavano per le loro terre spingevali a fare ogni sforzo per assicurarne il possesso ai loro figliuoli; la facoltà conceduta al proprietario di cessare il precario a suo piacimento e di ripigliare il podere veniva incessantemente, limitata resa difficile e contrastata, onde avvenne infine che la regola per cui il precario sciogliovasi alla morte del precarista si mettesse da parte, e che il contratto, divenuto ereditario, passasse dalla persona del precarista a quella dei suoi figliuoli.

53. Ma oltre a questa specie di precario esistevane un' altra che avea per oggetto la concessione dell'uso di una cosa, che sussiste ancora oggigiorno, se non come contratto riconosciuto dal Codice, almeno come una specie di comodato, al quale si possono applicare quei principî speciali cui era subordinato nel diritto romano. Se dunque avvenisse tra due persone, ciò che per altro osservasi ancora tra gli abitanti delle campagne, la formazione di un tal contratto, sarà deciso, secondo l'intenzione delle parti quale s'induce dalla natura stessa della convenzione, che il contratto non si protragga oltre la morte di chi ha ricevuto in prestito, e, nel caso poi in cui siasi espressamente riservata al proprietario la facoltà di ripigliare la cosa a suo piacimento, che il contratto non avrà più effetto alla morte di questo ultimo.

III. — 54. Trattammo sin qui delle condizioni intrinseche necessarie alla formazione e alla validità del prestito ad uso. C' incombe adesso, pria di trattare negli articoli che seguiranno delle obbligazioni che derivano dal contratto, occuparci delle condizioni estrinseche senza cui queste obbligazioni non potrebbero esistere; in altri termini, dobbiam vedere qual capacità si richieda sia nel comodante, sia nel comodatario. Poniamo come principio e criterio in questi subietti che il prestito ad uso va compreso tra gli atti di amministrazione, dacchè esso non riesce ad una alienazione, nè ad un acquisto di proprietà.

55. Ciò posto, puossi ben dire che il prestito ad uso sia validamente consentito tra tutti coloro che, comunque non possano disporre dei loro beni, nondimeno possono amministrarli. Così avviene pel minore emancipato, per l'individuo sottoposto a un consulente giudiziario e per la moglie separata di beni. A dir vero, havvi delle disposizioni che disdicono a cotestoro il dritto speciale di *torre in prestanza* (C. Nap., art. 483, 499, 513;—*vedi* pure art. 219 (406, 422, 436 e 208)) Ma sorge ben chiaro, dall'economia delle disposizioni in cui si contiene il divieto, che il legislatore ha avuto esclusivamente di mira il prestito di consumo, o il prestito semplice che riesce ad un trasferimento di proprietà, che importa un atto di disposizione, e, la esperienza lo pruova pur troppo, uno dei più pericolosi e che più facilmente menano a ruina gli uomini poco accorti. Non vi ha di certo motivo alcuno per cui debba pure soggiacere al divieto il comodato, che non presenta gli stessi pericoli, e che, apparte-

nendo agli atti d'amministrazione, deve esser permesso a quelli che hanno la capacità di amministrare.

56. Notiamo tuttavia qualche differenza nella dottrina. Parecchi scrittori, facendo distinzione tra il dare ed il tôrre in prestito, stimano che il primo contratto almeno, se non il secondo, ecceda la capacità e del minore emancipato, e dell'individuo sottoposto a un consulente giudiziario (1), e della moglie separata di beni (2). Ma a nostro intendere, la distinzione non ha fondamento: ci pare impossibile di ammettere che il minore emancipato, la moglie separata di beni, e colui che è sottoposto a un consulente giudiziario, mentre da un lato sono abbastanza capaci, per esempio, di ricevere in prestanza l'aratro e i bovi del vicino, onde lavorare i loro campi, non lo siano anche abbastanza per prestare a lor volta i proprî bovi e l'aratro al vicino che volesse lavorar la sua terra. Non potea esser questo l'intendimento della legge, che non ha di certo inteso togliere alle persone di cui trattasi la facoltà di far prestito ad uso, mentre le autorizza a consentire dei contratti più importanti, la locazione per esempio, ed altri che mettono seriamente a rischio il di loro patrimonio (3).

57. Le persone incapaci anche di amministrare, come deducesi dal nostro principio, non possono validamente nè dare, nè tôrre cose in prestito ad uso. Tali sono i minori, gl'interdetti o le persone che stanno nei manicomî, le mogli non separate di beni (Cod. Nap., art. 1124 (1078)). Ma da ciò dovrà forse conchiudersi che ogni comodato in cui una di tali persone intervenga come parte, sia nullo assolutamente e radicalmente? No certo. Il contratto potrà solo rescindersi sulla dimanda dell'incapace, rimanendo frattanto provvisoriamente obbligato l'altro contraente capace. Ciò sarà da noi meglio determinato, svolgendo successivamente le due ipotesi che possono presentarsi, secondo che l'incapace sia il comodante o il comodatario.

58. Se l'incapace interviene nel contratto qual comodante, potrà a suo bell'agio o tenere il prestito come valido, o dimandarne la nullità.

Se si attiene al primo partito, val quanto dire se ei non reclama per la nullità del prestito, la persona capace con cui ha contrattato rimane per ciò stesso diffinitivamente vincolata, e risponsabile di tutte le obbligazioni che derivano dal contratto.

Per contro se, allegando la sua incapacità personale, il comodante reclama la nullità del contratto, può sullo istante ripigliare la cosa prestata, togliendone l'uso al comodatario. Non sarà neanco responsabile, salvo il caso di dolo, dei danni che quest'ultimo abbia potuto soffrire pei vizî della cosa (vedi *infra* il commentario dell'art. 1891 (1763)); e se il comodatario abbia fatto delle spese straordinarie e necessarie alla conservazione della cosa, il comodante non sarà obbligato di restituirgliele se non se come a un utile gestore (Codice Nap., articolo 1375 (1329)).

59. Quando l'incapace interviene nel contratto da comodatario, la posizione dell'altro contraente capace è ancora più grave.

Da un lato, se la cosa prestata ha tali vizî che arrecarono un danno all'incapace, o se questo sia stato obbligato a far delle spese straordinarie per la sua conservazione, potrà ben egli, rispettando il contratto o astenendosi dal dimandarne l'annullamento, ottenere dal comodante il pagamento di un'indennità.

Al contrario, e da un altro canto, se il comodatario incapace ha distrutto o reso deteriore la cosa, se l'ha venduta e sciupatone il prezzo, potrà, allegando la nullità del contratto, togliere al comodante capace tutte le azioni, meno quelle che gli nascano fuori del prestito, per esempio l'azione di rivendicazione (*sopra*, nn. 31 a

(1) *Vedi* specialmente Duvergier (nn. 46 e 48).

(2) *Vedi* Mourlon (3ª ediz., t. III, p. 375).—*Contra*, Duvergier (n. 47).

(3) *Conf.* Duranton (t. XVII, nn. 510 e seg.); Taulier (t. VI, p. 420); Troplong (nn. 55 e seg.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 458 e 459, nota 7).

34). Ed è per altro anche a notare, che il comodante non potrà ottenere la cosa per via di rivendicazione se non tale quale ritrovasi nelle mani dell'incapace, e senz'alcuna indennità per gli scemamenti che avrà potuto soffrire, salvo però due casi, cioè, quando l'incapace siasi avvantaggiato di queste menomazioni, perchè allora vuole la legge che nessuno, non esclusi gl'incapaci, si arricchisca a danno altrui; e quando l'incapace abbia commesso un dolo, dacchè anche gli incapaci son tenuti a rispondere del dolo.

60. Il comodante di buona fede soffrirà maggiormente di tale condizione; ma ciò è una conseguenza necessaria dello stato giuridico dello incapace a cui egli imprudentemente affidò la cosa. Non pertanto sembra a noi potersi a tanta durezza arrecare qualche temperamento, dando facoltà al comodante, che veda in pericolo la cosa sua, di intimare il comodatario, o piuttosto il suo rappresentante legale, a prender partito. Nè vediamo ragione per cui possa dai tribunali non accogliersi la pretensione del comodante, quando per uscir di incertezza e non rimanere a discrezione del comodatario incapace, venisse con dirgli: « Volete voi che il prestito sia valido? E bene, io vi consento; ma allora ratificate regolarmente la nostra convenzione onde siate verso di me obbligato, come io lo sono verso di voi. Volete per contro che il contratto sia nullo? E sia pure; ma dichiaratelo, onde io possa immediatamente esercitare le azioni che mi competono indipendentemente dal prestito, rivendicare il possesso della cosa mia, sottraendola ai rischi che corre nelle vostre mani. »

61. Notiamo inoltre, nel dar termine al commentario di questi articoli, che in molti casi dovrà ritenersi che gli incapaci abbiano dato o tólto in prestito in virtù di un mandato tacito del loro protettore, padre, o marito; i quali saranno certamente tenuti a rispondere di un oggetto di studio o di piacere prestato al loro figlio, o di una masserizia prestata alla loro moglie, il tutto sempre entro i limiti delle relazioni giornaliere di amicizia e di buon vicinato.

62. Ma non ci spingeremo certo a dire, come parecchi scrittori, che ove il minore giunto alla sua maggiore età, o più generalmente, l'incapace divenuto capace, conservi la cosa prestatagli, divengano allora applicabili al contratto da lui formato le regole del prestito ad uso (1). Annullabile fin da principio, il comodato riman tale finchè non sia confermato con una ulteriore ratificazione; come per altro era deciso dalle leggi romane (l. 1, § 2, Dig. *Commod.*). Se ratifica non vi sia, il comodante dovrà fuori del contratto ricercare la sua difesa, la quale troverebbe di leggieri, anche nella ipotesi preveduta dagli scrittori che sostengono la contraria opinione, quando cioè l'incapace divenuto capace faccia o lasci per sua colpa perire la cosa. Allora infatti, ed astraendo anche dal prestito, la sua colpa costituirebbe un delitto civile, delle conseguenze del quale dovrebbe naturalmente rispondere colui che l'abbia commesso.

63. Così, esaurite le nostre osservazioni sui caratteri essenziali del prestito ad uso o comodato, e sulla prova di tal contratto, passeremo ora a discorrere delle obbligazioni che ne derivano, supposto che sia valido e provato. Ciò forma oggetto delle due seguenti sezioni, nelle quali sono successivamente determinate le obbligazioni del comodatario, e quelle del comodante.

(1) *Vedi*, intorno a questi varî punti, Toullier (t. VII, n. 587); Duvergier (nn. 39 e seg.); Duranton (nn. 507 e seg.); Troplong (nn. 50 e seg.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (*loc. cit.*).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL COMODATARIO.

1880 (1752). Il comodatario è tenuto ad invigilare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata. Non può servirsene se non per l'uso determinato dalla natura della cosa, o dalla convenzione: e tutto ciò sotto pena del risarcimento de' danni ed interessi, ove siavi luogo.

1881 (1753). Se il comodatario impieghi la cosa in un uso diverso, o per un tempo più lungo di quello che dovrebbbe, sarà risponsabile della perdita accaduta anche per caso fortuito.

1882 (1754). Se la cosa prestata perisca per un caso fortuito, dal quale il comodatario l'avrebbe potuta sottrarre surrogando la propria, o se non potendo salvare se non una delle due, abbia preferito la propria, egli è tenuto per la perdita dell'altra.

1883 (1755). Se la cosa sia stata stimata nel fare il prestito, la perdita, ancorchè succeda per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia convenzione in contrario.

1884 (1756). Se la cosa si deteriori a cagione unicamente dell'uso per cui fu data in prestito, e senza colpa del comodatario, non è questi tenuto pel deterioramento.

1886 (1758). Se il comodatario abbia fatto qualche spesa per potersi servire della cosa prestatagli, non potrà ripeterla.

SOMMARIO.

I. 64. Concetto generale e divisione.

II. 65. Del dritto che acquista il comodatario per effetto del contratto di prestito ad uso.—66. Indole di questo dritto: in che cosa differisce da quello dell'usuario e dell'usufruttuario.—67. Misura ed estensione di questo dritto: il comodatario può servirsi della cosa secondo l'uso determinato dalla sua natura o dalla convenzione (art. 1880 (1752)): regole di estimazione.— 68. Il comodatario che non ecceda dai suoi dritti, non ha alcuna responsabilità, qualunque si fossero le conseguenze dell'uso a cui dovea impiegare la cosa prestata (art. 1884 (1756)): esempi. -- 69. Egli però deve fare le spese necessarie, sia a mantenere la cosa prestata, sia ad appropriarla all'uso cui l'ha destinato (art. 1886 (1758)). Ciò per lui è un obbligo, non una facoltà. Quid per ciò che riguarda alcune altre spese straordinarie? Rimando.—70. Caso in cui il comodatario ecceda il suo dritto: ciò avviene quando si serve della cosa ad un uso diverso da quello cui era destinata, o la trattiene oltre il tempo stabilito colla convenzione. Esclusione d'un temperamento proposto da Pothier ed ammesso da alcuni scrittori.—71. In questo caso, il comodatario può essere condannato ai danni-interessi (articolo 1880 (1752)); però il nostro dritto differisce da quello romano, il quale riguardava lo abuso od eccesso come un furto d'uso: dicasi anche il medesimo quando il comodatario abbia distornato la cosa prestata. — 72. Inoltre, il comodatario che abbia ecceduto il suo dritto è tenuto della perdita avvenuta anche per caso fortuito (art. 1881 (1753)); — 73 Anche quando la cosa sarebbe parimente perita presso il comodante. Controversia. — 74. Transizione.

III. 75. Delle obbligazioni del comodatario. —Egli deve, sotto pena dei danni-interessi, se vi sia luogo, intendere alla custodia e alla conservazione della cosa prestata. — 76. Ma qual grado di vigilanza dovrà egli adoperarvi? Rigetto della vecchia teoria delle tre colpe.—77. Sostituzione alla medesima d'un'altra che non è nemmeno quella del Codice.—78. Secondo il Codice, la vigilanza richiesta dal comodatario è quella di buon padre di

famiglia. Per conseguenza, onde il comodatario sia libero da qualunque responsabilità, deve evitare la colpa, anche leggiera, culpa levis o in abstracto.—*79. Nondimeno i giudici esercitano un certo potere discrezionale, per cui possono mostrarsi meno esigenti, secondo le circostanze, il carattere e l'intenzione presunta delle parti.—80. Il comodante potrebbe chiedere lo scioglimento del contratto, se il comodatario mancasse a questa prima obbligazione.*

IV. 81. Il comodatario deve restituire la cosa prestatagli. È questa l'obbligazione principale che risulta dal contratto. —82. Quando deve farsi la restituzione?—83. A chi deve farsi? Ipotesi diverse. Del prestito consentito da un incapace, e da chi non è proprietario della cosa prestata. —84. Ove deve farsi la restituzione?

V. 85. In tesi generale, la perdita della cosa non libera il comodatario, la cui obbligazione allora risolvesi in danni ed interessi;—86. Anche nel caso di perdita parziale o di deterioramento. —87. Quid *se si rinvenga la cosa dopo pagata la indennità?—88. Ma la regola che la perdita della cosa non libera il comodatario non è assoluta. Essa non si applica alla perdita per caso fortuito o per forza maggiore;—89. Quand'anche il prestito medesimo abbia dato luogo all'accidente.—90. Bensì saranno a carico del comodatario le perdite per caso fortuito in diversi altri casi: 1° Del caso in cui il comodatario ecceda il suo dritto. Rimando.—91. 2° Del caso in cui la perdita per caso fortuito o per forza maggiore sia stata preceduta da qualche colpa del comodatario.—92. 3° Del caso in cui il comodatario avrebbe potuto salvare dall'accidente la cosa prestata surrogandovi la cosa sua propria, e di quello in cui, non potendo delle due salvarne che una sola, abbia preferito la sua (art. 1882 (1754).—93. Esame della prima ipotesi.—94. Esame della seconda ipotesi: distinzioni.—95. Continuazione.—96. 4° Del caso in cui il comodatario siasi espressamente gravato dei casi fortuiti.—97. Questa convenzione si presume dalla legge se la cosa fu stimata quando si fece il contratto (art. 1883 (1755)).*

I.—64. Il contratto di prestito ad uso produce ad un tempo dritti ed obbligazioni pel comodatario, il quale da una mano acquista il dritto di servirsi della cosa prestata, e dall'altra assume l'obbligazione principale di restituirla, e quindi di intendere con sollecitudine alla sua conservazione finchè dura il prestito. Pothier, esaminando sotto questo doppio aspetto la condizione del comodatario, ha parlato distintamente, nel capitolo II del suo *Trattato del prestito ad uso*, del dritto creato dalla convenzione (sez. 1, nn. 20 e seg.) e delle obbligazioni che ne derivano (sez. 2, nn. 23 e seg.).

Però i compilatori del Codice non adottarono il medesimo sistema; ma considerarono precipuamente, nel dritto del comodatario di servirsi della cosa prestata, i limiti entro cui ne è ristretto lo esercizio, cioè la necessità di servirsi della cosa per l'uso determinato dalla sua natura o dalla volontà delle parti; diguisachè quel che secondo Pothier era un diritto, è oggi, secondo la legge, un'obbligazione, un impegno novello. Con questo intendimento è stato compilato il primo dei sei articoli di cui ci occupiamo, disponendo che il comodatario sia tenuto ad invigilare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata; e che non possa servirsene se non per l'uso determinato dalla sua natura o dalla convenzione, il tutto sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi, ove siavi luogo.

Del resto, nè in questo articolo, nè in alcun altro della medesima sezione, è accennata formalmente un'altra obbligazione, che pure è principale e caratteristica del contratto, anzi la sola che ne deriva necessariamente (vedi *sopra*, n. 27), vogliam dire della obbligazione di restituire la cosa prestata al termine stabilito nella convenzione, e, in mancanza di questa, dopo che sia servita all'uso per cui fu data in prestito. Però, sebbene non indicata formalmente dalla legge, pure tale obbligazione vien supposta da parecchi testi (specialmente dagli arti-

coli 1885, 1887, 1888, ec. (1757, 1759, 1760)); anzi può ben dirsi che quelle enumerate nell' art. 1880 (1752) a questa si riferiscono, e tendono ad assicurarne la esecuzione. Pertanto noi possiamo e dobbiamo comprenderla nel commentario dei nostri articoli, nel quale successivamente diremo:—del dritto che ha il comodatario di usare della cosa, e della estensione di tal diritto;—della sua obbligazione di invigilare alla custodia e conservazione della cosa, e del grado di vigilanza che deve adoperare;—della sua obbligazione di restituire la cosa prestata, e delle condizioni della restituzione; — infine, come ed in quali casi la perdita o il deterioramento della cosa prestata liberi il comodatario da quest'ultima obbligazione.

II.—65. Per effetto del contratto di prestito ad uso, il comodatario acquista il dritto di usare della cosa, con tutta quella latitudine che inducesi dalla intenzione delle parti e dall'oggetto a cui ebbero in mente di farla servire. Convien quindi determinare qual sia la natura di questo dritto, quali le sue condizioni e la sua estensione.

66. Il dritto d'uso attribuito dal comodato nasce contro colui che ha assunto l' obbligazione correlativa di far servire il comodatario della cosa durante il tempo e secondo l'uso per cui gliel'ha data in prestito: non è quindi un dritto nella cosa, ma un dritto puramente personale (1). A tal rispetto distinguesi dai dritti dell'usuario e dell' usufruttuario, che sono diritti nella cosa; e si distingue pure per un altro aspetto, in quantochè il dritto dell'usuario e dell' usufruttuarie comprende in tutto o in parte i frutti prodotti dalla cosa, mentre al comodatario non altro spetta che l'uso, nel significato ristretto della parola. Che se colla convenzione gli fosse conceduto anche il dritto di attribuirsi parte dei frutti, non si farebbe più un prestito puro e semplice, ma un contratto che ha del prestito e della donazione.

67. La misura e la estensione del dritto del comodatario sono determinate dalla natura della cosa prestata o dalla convenzione (art. 1880 (1752)). Sicchè, quando le parti abbian fissato la durata del prestito, il servigio che il comodatario possa cavare dalla cosa prestata, l'uso che ne dovrebbe fare, si dovranno strettamente avere a norma i termini ed i patti della convenzione, per determinare la misura e la estensione del suo dritto. Che se per contro nulla sia stato detto dalle parti sul proposito, o perchè abbiano creduto opportuno tacersi, o per trascuratezza, si dovrà allora determinare la misura e la estenzione del dritto del comodatario secondo la natura della cosa prestata e la condizione dei contraenti. Così per esempio, se presto ad un coltivatore il mio cavallo da tiro, è naturale supporre che il cavallo dovrà servirgli pei lavori campestri; se presto però il mio cavallo da sella, non si potrà certo inviarlo ai lavori, ma dovrà servire per cavalcarlo. Se presto ad un mio amico straniero, che venga a passare alcuni giorni in Parigi, due o tre camere della mia casa, egli non potrà servirsene che per suo uso esclusivo, e non potrà farle da altri abitare; ma se invece le presto ad un albergatore che abbia tutto ingombro il suo albergo, è naturale che egli potrà farvi abitare viaggiatori.

Non è a dire che a tal rispetto i tribunali abbiano un supremo potere di estimazione; per cui, senza più oltre insistere su ciò, veniamo senz' altro a parlare distintamente delle due ipotesi che possono verificarsi, quella cioè in cui il comodatario si attenga rigorosamente al suo dritto, e quella in cui lo ecceda.

68. Il comodatario, servendosi della cosa prestata secondo l' uso determinato o dalla sua natura o dalla convenzione, sarà entro i limiti del suo dritto; e quindi sarà esente da ogni responsabilità, qualunque si fossero le conseguenze dell' uso a cui dovea impiegarla e l' abbia effettivamente impiegato. Ciò inducesi evidentemente dallo art. 1884 (1756), secondo il quale, se la cosa si de-

(1) *Vedi* Pothier (n. 20).—*Junge*: Troplong (n. 17).

teriora *a cagione unicamente dell' uso per cui fu data in prestito, e senza colpa del comodatario*, questi non è tenuto pel deterioramento. Citiamo alcuni esempî.

Pubblicando la relazione delle corse che ebbero luogo a Fontainebleau li 22 giugno 1862, i giornali riferiscono che uno dei premî fu conseguito da certo T..., che montava un cavallo statogli prestato da J... Or, supposto che il cavallo, cadendo nella corsa, si fosse spelato al ginocchio, ferito in modo da diventare inutile pel suo padrone, J.... non avrebbe avuto dritto a reclamare da T.... alcuna indennità, alcun risarcimento del danno sofferto; perciocchè quest' ultimo, nel far correre il cavallo, avealo appunto destinato all' uso per cui lo tolse in prestito; nè J...., che prestò il suo cavallo per farlo provare in una corsa, avrebbe a dolersi se quello fu vittima di uno di quegli accidenti che egli dovette necessariamente prevedere, dandolo in prestito per tale uso.

Il medesimo è a dire nel caso in cui il comodatario abbia chiesto ed ottenuto in prestito il cavallo per condurlo alla guerra.

La Corte di Rennes ha applicato questa regola con molta esattezza in una specie in cui un colono, che avea tolto in prestito tre cavalli ed una vettura, li aveva adoperato per trasportar pietra. Non trovandosi nel contratto fissata alcuna condizione, era indispensabile indagare qual fosse l' uso per cui si vollero concedere in prestito, secondo la natura della cosa prestata e la condizione delle parti. Or in fatto era costante, che il colono era solito giornalmente impiègare i suoi cavalli in trasporti simili a quelli a cui aveva impiegato i cavalli tolti in prestito; che il lavoro non era eccessivo perchè brevi le corse; che il comodatario quasi sempre appajava i cavalli avuti in prestito con alcuni di quelli suoi proprî, usando per tutti indistintamente la medesima cura, nutrendoli e trattandoli dell' ugual maniera. In tali circostanze, la Corte giudicò, e così doveva giudicare, che il comodante non avesse alcun dritto ad essere indennizzato per la morte di uno dei suoi cavalli avvenuta durante il prestito (1).

E questo serve a dimostrare quanto sia maggiore l'interesse delle parti a determinare ed indicare minutamente le condizioni del contratto, quando la cosa prestata debba servire ad un uso pericoloso o straordinario. Il che potrebbe eesere influente anche per la validità della convenzione, avvegnachè potrebbe ben darsi che col pretesto di una cessione dell' uso, il comodante voglia interamente abbandonare al comodatario la cosa sua, facendone una vera donazione; ed allora le regole del prestito ad uso non sarebbero più sufficienti onde il contratto sia perfetto.

69. Il comodatario è libero di qualunque risponsabilità quando tiensi rigorosamente entro i limiti del suo dritto; ma ciò non importa ch'ei debba sempre e necessariamente essere dispensato da qualunque onere. Per l' incontro l' art. 1886 (1758) dispone, che se il comodatario, *per potersi servire della cosa prestatagli*, abbia fatto qualche spesa, *non potrà ripeterla*. Ciò per altro sarebbe di dritto, quand' anche non lo avesse detto il legislatore. E difatti, è ben naturale che le spese fatte dal comodatario onde adempia all' obbligo di custodire la cosa, non che quelle fatte per adattarla all' uso cui la destina, siano da lui fatte come conseguenza del dritto di usarne. Così, colui che riceve in prestito un cavallo deve fare la spesa necessaria per nutrirlo; e se in consegnenza del servizio a cui lo impiega, vengano a consumarsi i ferri, egli dovrà fargliene sostituire degli altri a sue spese. Se la cosa prestata è una casa, dovrà il comodatario farvi le riparazioni locative, le quali, se sono a peso del locatario che ne paga la pigione, con più buona ragione dovranno pure essere fatte dal comodatario che ne ha l'uso gratuito (2).

Ciò invero sorge dallo spirito dell'art. 1886

(1) *Vedi* Rennes, 3 dicembre 1813 (Dalloz, alla parola *Prestito*, n. 94, nota).

(2) *Vedi*, intorno a ciò, Pothier (n. 81). *Vedi* pure Duvergier (n. 79); Troplong (n. 138)

(1758), ma non dal suo testo, il quale, preso alla lettera, farebbe credere che il comodatario non possa ripetere la spesa, *quando l'abbia fatto.* Ma quella disposizione non può intendersi in tal modo; il legislatore ha voluto dire che il comodatario *ha obbligo di far la spesa* quando divien necessaria. In questo senso era detto da Domat, che « se *per potersi servire della cosa avuta in prestito*, abbisogni qualche spesa, colui che l'ha tòlto in prestito *è tenuto di farla* (1). » Le parole del nostro articolo sono, è vero, meno espressive, ma il pensiero che le informa è lo stesso, intendendosi con esse che tutte queste spese sono pesi inerenti all'obbligazione di custodire e conservare la cosa; e se, per non essere state fatte dal comodatario, venisse la cosa a danneggiarsi, il comodante avrebbe dritto ad una indennità, poichè siffatte spese, giovi ripeterlo, non sono facultative ma obbligatorie pel comodatario (2).

Sonvene altre però che la legge ha posto a carico del comodante, il quale dovrà farne il rimborso al comodatario, se questi le abbia fatto; intendiam dire delle spese straordinarie, di cui appresso ci occuperemo, parlando delle obbligazioni del comodante (*infra*, art. 1890 (1762)).

70. Veniamo ora al caso in cui il comodatario ecceda nel suo dritto. Ciò avviene, o quando egli impiega la cosa prestata ad un uso diverso da quello richiesto dalla natura di essa o dalla convenzione, o quando la trattiene oltre il tempo convenuto per la durata del prestito.

Pothier, il di cui parere, consacrato dal dritto romano (l. 76, Dig., *De Furtis*), è oggi seguito da alcuni scrittori (3), ha proposto un temperamento. « Se per esempio, egli dice, mi è stato prestato ad Orlèans un cavallo per una corsa a Beaugency, io non potrò valermene per andare più oltre. Ma se ivi arrivato, mi sopraggiunge un affare da compiere in luogo più lontano, da me non preveduto quando tòlsi il cavallo in prestanza, e le relazioni amichevoli che corrono tra me e il prestatore, non che la gentilezza del suo naturale m'inducano a credere ch'ei non mi avrebbe negato il cavallo per recarmi là ove il negozio mi chiama, io potrò lecitamente servirmene. » Ma a noi sembra che tale restrizione non abbia alcun fondamento nel testo del Codice. Infatti, è certo in principio che il comodatario non possa servirsi dalla cosa se non se all'uso voluto dalla natura di essa o dalla convenzione; principio stabilito in termini assoluti nell'art. 1880 (1752) e nell'articolo 1881 (1753). Non vi ha luogo dunque a distinguere. E tanto meno può ammettersi la distinzione di Pothier, in quanto che il supposto su cui essa si fonda è smentito dalla realità del fatto. Imperciocchè, quando e come mai la controversia potrebbe venire innanzi ai tribunali, se il comodante non venisse reclamando contro l'abuso fattosi della cosa sua? Ma il fatto stesso del reclamo mostrerebbe l'errore ove è caduto il comodatario, supponendo che il comodante gli avrebbe concesso l'uso della cosa, se ne avesse avuto conoscenza. Bisogna dunque attenersi rigorosamente al principio. Il comodatario eccede nel suo dritto tutte le volte che impiega la cosa prestata ad un uso diverso da quello voluto dalla natura di essa o dal contratto. Se egli opera siffattamente, lo fa a suo rischio e pericolo; potrà ben avvenire che il comodante pel suo animo gentile, per le sue relazioni amichevoli, non faccia alcun reclamo quando la cosa gli sarà renduta, ed in tal caso non vi sarà nè pretesto, nè occasione di controversia. — Ma se al contrario il comodante protesti e reclami, la controversia che allora nasce dee risolversi in suo favore, dapoichè il comodatario abusando del suo dritto non potrà mai dire che siasi servito della cosa lecitamente. Non potrà quindi sottrarsi alle sanzioni stabilite dalla legge (4).

Vediamo adesso in che cosa consistano queste sanzioni.

(1) Domat (sez. 2, n. 14).
(2) Duvergier (nn. 77 e seg.); Troplong (n. 134).
(3) Pothier (n. 21); Troplong (n. 98); Vergè e Massè, sopra Zachariae (t. IV, p. 459, nota 1).
(4) *Vedi*, in questo senso, Duranton (t. XVII, n. 518).

71. Da un lato, il comodatario che abusi del suo diritto, sia trattenendo la cosa oltre il termine stabilito, sia per non essersene strettamente servito secondo l'uso permessogli, deve, ai termini dell'art. 1880 (1752), rifare al comodante i danni e interessi derivati dal danno arrecatogli. Ma lo articolo non va più oltre, e si astiene per conseguenza dai rigori della legge romana che considerava l'abuso del dritto da parte del comodatario, non solo come una violazione della buona fede inerente al contratto del comodato, sì ancora come un furto, che, col nome di furto d'uso, poneva a canto del furto della proprietà e puniva colla stessa rigidezza (ll. 1, § 3, Dig., *De furtis*; 40 *Commod.*). Secondo Pothier, altrettanto avveniva sotto l'antica giurisprudenza francese (1). Havvi su di ciò tuttavia qualche dubbio (2); ma ad ogni modo è oggi indubitato che la nostra legislazione, meno rigorosa, più non ammetta furto di uso. Il comodatario che eccede abusivamente il suo dritto, può esser solo condannato ai danni ed interessi, *se vi sia luogo*, giusta la frase del nostro art. 1880 (1752), cioè a dire se il fatto ha recato un danno al comodante.

Havvi un caso nondimeno in cui l'eccesso è sì grave, che il fatto è paruto a prima giunta, se non un furto propriamente detto, almeno un abuso di fiducia: intendiamo parlare di quello in cui il comodatario, mancando a tutti i suoi doveri, e sconoscendo le obbligazioni derivanti dal contratto, abbia venduto la cosa prestatagli. Due decisioni della Corte di Cassazione aveano infatti giudicato, che l'alienazione di una cosa ricevuta a titolo di prestito ad uso, e sotto la condizione di renderla in natura, debba riguardarsi come una violazione di deposito, e quindi come producente l'abuso di fiducia punito dall'art. 408 (631) del Codice penale (3). Bisogna convenire che a primo aspetto, parrebbe questa la soluzione. Se l'alienazione della cosa locata e la violazione del deposito o del mandato soggiacciono all'applicazione della legge penale, come potrebbe avvenire che un fatto sì grave, come l'alienazione della cosa prestata, sfuggisse ad ogni punizione di legge? Nondimeno, penetrando più addentro, scorgesi di leggieri ciò non costituire nè furto, nè abuso di fiducia: non furto, dacchè il fatto essenziale, che è l'appropriazione fraudolenta, vi manca, perciocchè la cosa è stata rimessa volontariamente dal prestatore al comodatario che ne ha disposto; non abuso di fiducia, poichè l'art. 408 (631) del Codice penale, che diffinisce questo reato, parla dell'alienazione fraudolenta delle cose confidate a titolo di *locazione*, *deposito*, *mandato*, ed il principio d'interpretazione restrittiva, ammesso nel diritto penale, non permette si aggiunga ai casi in quell'articolo enumerati, il prestito ad uso, che non vi è mentovato. Ciò riconobbero diffinitivamente le camere riunite della Corte di cassazione, in una decisione la cui dottrina è oggi generalmente seguìta dagli scrittori (4) (*).

72. Da un altro canto, e indipendente-

(1) Pothier (n. 22)

(2) *Vedi* Troplong (n 100).

(3) Cass., 22 giugno 1839 e 9 luglio 1840 (S. V., 39, 1, 629; 40, 1, 724; Dalloz, 39, 1, 352; 40, 1, 430; J. P., alla loro data).

(4) Rig., 17 marzo 1841 (S. V., 42, 1, 941; Dalloz, 44, 1, 398; J. P., alla sua data). — *Vedi* pure Hélie e Chauveau (t. V, p. 429); Troplong (n. 91).

(*) Questa soluzione non può adottarsi sotto l'impero del Codice penale italiano; avvegnachè la disposizione dell'art. 631 di questo Codice non sia, come quella del corrispondente art. 408 del Codice penale francese, limitata soltanto agli oggetti affidati *a titolo di locazione*, *di deposito*, *di mandato*, ma si estenda in generale alla dissipazione, alienazione o conversione in proprio uso delle robe, danaro, mercanzie, biglietti, ec., le quali cose fossero state consegnate coll'obbligo di restituirle, presentarle, *o farne un uso od impiego determinato*. È manifesto quindi, che il comodatario che dissipa o aliena la cosa consegnatagli coll'obbligo di farne un uso od impiego determinato si rende reo del *delitto di appropriazione indebita*, e come tale soggetto all'applicazione della legge penale.

Però, come dall'Autore medesimo è accennato, anche in Francia fuvvi un periodo in cui la giurisprudenza applicò al prestito ad uso la sanzione penale dell'art. 408. La decisione della Corte di cassazione dei 22 giugno 1839, citata in nota dal nostro Autore, dichiarò: « che sebbene sia principio inconcusso non potersi dare alla legge penale

mente dai danni ed interessi, il comodatario che rivolge la cosa ad un uso diverso o per una durata più lunga di quella che dovrebbe, è responsabile della perdita avvenuta anche per caso fortuito. È questa la disposizione formale dell'art. 1881 (1753), che per questo rispetto contiene un'eccezione alla regola generale di cui c' interterremo tantosto, e per la quale il comodante, rimanendo sempre proprietario, si espone ai rischi della cosa e soggiace al caso fortuito. Del resto, è questa la pena della colpa commessa dal comodatario, e se pure l' eccezione non fosse stata formalmente espressa dall'art. 1881 (1753); i principî generali consacrati dall'art. 1302 (1257) del Codice indurrebbero sempre a tale interpretazione.

73. L' art. 1302 (1256) frattanto aggiunge, che non vi ha luogo a responsabilità nel caso in cui la cosa sarebbe sempre perita, astrazion fatta dalla colpa del debitore; e quindi quasi tutti gli scrittori, applicando questa restrizione al caso del comodato, insegnano come per inferenza, che se io per esempio togliessi in prestito un cavallo per la durata di un giorno o per andare a Saint-Cloud, e lo trattenessi più giorni o il menassi a Versailles, non sarei tenuto a rispondere della morte dell'animale, avvenuta per un accesso di sangue che il colpisce durante l'indugio o l'uso non lecito, dacchè egli sarebbe anche morto senza questa circostanza (1). Ma ciò, secondo noi, non può ammettersi.

La disposizione dell'art. 1881 (1753) è concepita in termini generali, senza fare alcuna distinzione; ed è a credere che i compilatori del Codice in questo punto abbiano voluto derogare alla regola dell' art. 1302 (1256). Havvi dei casi, e il vedremo tra poco spiegando l'art. 1882 (1754), in cui il comodatario è risponsabile della perdita avvenuta per caso fortuito, quantunque non siavi stata colpa alcuna per sua parte. Che meraviglia dunque, se avendo il comodatario ecceduto apertamente i limiti assegnatigli dal contratto, il legislatore, mosso da un giusto sentimento di preferenza pel comodante, abbia voluto colpire un pò rigidamente chi ritrovasi in fallo...? (2).

74. Con ciò diamo termine alle nostre osservazioni sul diritto che il contratto di comodato conferisce al comodatario. Indaghiamo adesso le obbligazioni che il contratto pone a suo carico.

III.—75. L'art. 1880 (1752) primamente gli impone di invigilare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata. Nondimeno, abbiamo veduto che l'obbligazione precipua del comodatario nel prestito ad uso, e la sola che risulti

interpetrazione estensiva, non è però men vero che la si debba applicare secondo lo spirito che la *informa* ed il significato delle parole onde è concepita; che la generalità delle parole adoperate nel l'art. 408 ebbe per iscopo di colpire e reprimere ogni distornamento fraudolento di un oggetto affidato a titolo di locazione, di deposito, di mandato, col carico di presentarlo o restituirlo, o di farne un uso od impiego determinato; che nella specie di cui trattasi, dai fatti dell'impugnata decisione risulta che il querelante erasi indotto ad *affidare* o prestare il suo cavallo alla ricorrente, sua domestica, per uso personale a lei, e coll'obbligo di restituirglielo; che il cavallo fu a costei affidato appunto con quest'obbligo e sotto questa condizione; che da tali fatti risulta costituire quel contratto una specie di *deposito*, contenendo uno dei principali caratteri fissati pel deposito dal Codice civile, quello cioè di conservare e restituire in natura; che se la custodia del cavallo non fu scopo principale della tradizione dello stesso, non è questa ragione sufficiente per negargli il carattere di deposito; che dagli art. 1915 e 1928 (1787 e 1800) Codice civile, risulta esservi in legge molte specie di contratti di deposito: alcuni sono nel solo interesse del deponente, altri nello interesse del depositario; che la convenzione mercè la quale il querelante avea affidato il suo cavallo, deve esser considerata come deposito della seconda specie.»

E questa medesima soluzione è stata seguita coll'altra decisione del 9 luglio 1840 citata pure dall'Autore, la quale ha giudicato, che la distrazione di una cosa ricevuta a titolo di prestito ad uso, e sotto la condizione di restituirla in natura, costituisce il delitto preveduto dall' art. 408, perciocchè il prestito ad uso è una specie di deposito. (*Vedansi* inoltre, nel medesimo senso, Cass., 18 giugno 1833 (Sir. Vill., 35, 1, 852); Bordeaux, 21 dicembre 1842 (Sir. Vill., 43, 2, 201); Delapalme (n. 34).

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 406, nota 6); Duvergier (n. 64); Duranton (n. 520); Troplong (n.101); Mourlon (t. III, p. 380, 5ª edizione).

(2) *Vedi* Aubry e Rau (3ª ediz., t. III. p. 429, nota 2); Zachariae, ediz. Massè e Vergè (t. IV, pag. 459, nota 1).

necessariamente dal contratto, è quella di restituire la cosa prestata.

Il legislatore non disconosce questa necessità; e difatti, egli inculca al comodatario l'obbligo di *custodire* la cosa, cioè prevenirne la perdita, il distorno o il furto, e di *conservarla*, cioè adoperare tutti i mezzi necessarî onde non farla deperire, appunto perchè, giunta l'ora, si trovi in grado di restituirla.

Oltracciò il legislatore non si limita a prescrivere la custodia e la conservazione della cosa, ma assicura le sue ingiunzioni colla sanzione dei danni ed interessi, *se vi sia luogo*, cioè se per manco di vigilanza o di cure sufficienti durante la detenzione, il comodatario abbia fatto perire la cosa, o l'abbia perduta o danneggiata.

76. Ma qual grado di vigilanza può pretendere il comodante dal comodatario? e quali cure dovranno da costui adoperarsi nella cosa prestata, onde non sia reputato in colpa? Molto su di ciò si è discusso. Gli antichi giureconsulti elevarono a questo proposito un' intera teoria, che mal si apposero di cavare dai testi del diritto romano. Distinguevano tre specie di colpa: — la colpa grave, *culpa lata*, che non si commette neanco dagli uomini più negligenti, e che assimilavano al dolo; di questa sola era responsabile chi, in un contratto di beneficenza, procurasse all' altra parte un vantaggio meramente gratuito; la colpa lieve, *culpa levis*, in cui non incorre un amministratore diligente; e di questa eran tenute rispondere ambe le parti in un contratto a titolo oneroso; — infine la colpa lievissima, *culpa levissima*, ove non cadono i più vigili amministratori; e di questa dovea render conto, in un contratto di beneficenza, chi ricevesse un vantaggio gratuito.—Secondo questa teoria, il comodante non rispondeva se non se della colpa grave, mentre che il comodatario era obbligato anche per la colpa lievissima (1).

77. Nondimeno, anche pria del Codice, questa teoria delle tre colpe era stata combattuta, volendosi sostituirvene un'altra più conforme ai veri principî del dritto romano, se è pur possibile di subordinare a regola fissa quei principî fondati tutti sopra temperamenti di equità (2). Secondo questa teoria, ammettevansi due sole specie di colpa: l'una, che modellavasi sul tipo del buon padre di famiglia, rispondente all' antica *culpa levis*, a cui davasi il nome novello di *culpa in abstracto*; l'altra, che estimavasi prendendo per termine di paragone le cure usate da una persona nel governo dei proprî affari, rispondente in qualche modo alla colpa grave, *culpa lata*, e si appellava *culpa in concreto*.

Secondo i propugnatori di questa teorica, la regola generale era la diligenza che escludesse la *culpa* in *abstracto*; essendo solo per alcuni contratti eccezionali, la società ed i contratti simili, tenute semplicemente le parti della *culpa in abstracto*.

78. Questa teoria, più semplice di quella delle tre colpe, è stata ancora più semplificata dal codice Napoleone, richiedendo in modo generale, per tutti i contratti, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso, che le parti contraenti evitino le colpe che non commetterebbe un buon padre di famiglia, l'antica *culpa levis*, o *culpa* in *abstracto*. Così dispone l'art. 1137 (1091), aggiungendo però, che l'obbligazione di vegliare alla conservazione della cosa è più o meno estesa relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a tale riguardo sono spiegati nei rispettivi titoli.

La maggior parte degli scrittori (3), imbevuti della utilità di una teoria delle colpe simile a quella esistente nell' antico diritto, han creduto che questa riserva, e le due o tre disposizioni eccezionali a cui rimanda l'art. 1137 (1091) (4), annullino

(1) *Vedi* l'esposizione di questa teoria in Pothier (*Obbligazioni*, n. 42), e la sua applicazione al comodato (*Del Prestito*, n. 48).

(2) *Vedi*, intorno a questo punto, Fresquet (*Trattato elementare di dritto romano*, t. II, p. 79 a 86).

(3) Toullier (t. VI, nn. 230 e seg.); Duvergier (n. 55); Duranton (t. X, n. 398, e t. XVII, n. 521); Ducaurroy (*Inst.*, n. 1067).

(4) Art. 804, 1927, 1992 (721, 1799, 1874), secondo i quali l'erede beneficiato, il depositario e i coassociati rispondono solamente delle loro colpe gravi.

interamente il principio sì chiaramente stabilito nella prima parte di quest'articolo; e specialmente, in quanto concerne il prestito ad uso, tentarono di far rivivere l'antica *culpa levissima* di Pothier. Ma siffatta pretensione, già oppugnata da Marcadè, (1), cade da per sè stessa se si raffronti l'articolo 1880 (1752) coll'art. 1137 (1091) da cui è stato per così dire ricopiato. I compilatori del Codice vollero confermare, con una disposizione speciale al prestito ad uso, il principio generale che aveano stabilito sulla gradazione delle colpe, e se si ravvicinano al testo dell'art. 1880 (1752) i testi diversi di Domat e di Pothier, ben di leggieri si scorge che quelli vollero sostituire una nuova decisione a quella di questi scrittori.

79. Non si creda però che noi vogliamo contrastare il potere d'estimazione che appartiene ai tribunali: i giudici potranno e dovranno avere riguardo al carattere e alla qualità delle parti, alla presunta di loro intenzione, al pensiero dominante nel prestito, secondo che sia stato contratto nell'interesse esclusivo del comodatario, o nello interesse comune dei due contraenti. Ma noi teniam per fermo che, in mancanza di circostanze speciali, debba sempre richiedersi nel comodatario la vigilanza ordinaria di un buono amministratore; dalla quale obbligazione non potrà egli disgravarsi allegando o provando di aver invigilato alla conservazione della cosa prestata come se fosse stata sua propria; s'ei può a suo talento trascurare i proprî interessi, non gli è però permesso trascurar quelli del comodante, che ha sempre il diritto di richieder da lui la vigilanza di un buon padre di famiglia.

80. Aggiungiamo infine, intorno a quest'obbligazione del comodatario, che colui il quale non la esegua, e tragga dalla cosa prestata un servizio abusivo o contrario alla convenzione, sarebbe soggetto non solo alla condanna ai danni ed interessi di cui parlammo di anzi, ma pure alla risoluzione del contratto sulla istanza del comodante (2).

IV.—81. Ultima, precipua e vera obbligazione del comodatario è quella di restituire la cosa al comodante. S'egli non faccia la restituzione e non pruovi che una forza maggiore ne l'abbia impedito, sarà tenuto di ristorare al comodante il danno venutogliene per l'indugio, e di risarcirgli, come vedremo tantosto, la perdita della cosa seguita per caso fortuito. Ma quando dee farsi la restituzione? A chi e dove dee farsi? Risolveremo dapprima tali quistioni. Vedremo dipoi, se la perdita della cosa liberi il comodatario dall'obbligo di restituirla, ed in qual modo.

82. Il comodatario deve restituire la cosa nel termine convenuto, sia che la convenzione ne indichi la data, o lo determini colla indicazione del tempo per cui il prestito fu fatto. Se la convenzione tace, la restituzione dee seguire dopo che la cosa abbia servito all'uso per cui fu data in prestanza. In qualunque ipotesi, il solo decorrimento del termine basta, senza nè citazione, nè intima, per mettere il comodatario in mora di restituire l'oggetto. La disposizione dell'art. 1881 (1753) fa intorno a questo punto una grave derogazione alla regola contraria stabilita nell'articolo 1139 (1093) (3). Notiamo però, che le parti potranno benissimo prorogare tal termine. Alcuni scrittori anzi insegnano, che in certi casi le circostanze possano indurre una tacita prorogazione; ma noi demmo su di ciò il nostro parere (vedi *sopra*, n. 70).

83. La restituzione dee farsi al comodante, se sia capace di ricevere la cosa sua. Se fosse però un minore, un interdetto o una donna non separata di beni, la restituzione farassi nelle mani del rappresentante legale, cioè il tutore o il marito.

Facilmente comprendesi che il comodante, il tutore e il marito possano delegare un mandatario, al quale in tal caso il como-

(1) *Vedi* Marcadè, sull'art. 1137 (1091) (t. II, p. 2ª, nn. 506 e seg.).—*Junge*: Troplong (n. 77) e Mourlon (t. III, p. 379, 5ª ediz.).

(2) *Vedi* Duvergier (n. 73).

(3) *Vedi* Duvergier (n. 82); Troplong (n. 103); Aubry e Rau (3ª ediz, t. III, pag. 429, e nota 3).—Ric., 3 giugno 1850 (S. V., 50, 1, 201; J. P., 1851, t. I, p. 184).

datario potrà utilmente consegnare la cosa.

Solo è a notare, in quanto al tutore e al marito, che, come è d'uso, il loro mandatario tacito suol' essere l'incapace medesimo, cioè il minore o la donna maritata, i quali forse anche agirono con tal qualità allorquando consentirono il prestito (vedi *sopra*, n. 61). Giovi nompertanto riflettere che essi, attesa la loro incapacità, non ricevono come *comodanti* la cosa loro, sì vero come mandatari del loro protettore legale, il quale soltanto ha dritto di riceverla. Sicchè, se il comodatario non potesse provare l'esistenza del tacito mandato, si esporrebbe ai reclami di quest'ultimo, contro cui non potrebbe nemmeno opporre la restituzione fattane all'incapace.

Havvi un'ultima ipotesi, quella cioè in cui il prestito sia stato fatto da chi non era proprietario della cosa prestata (vedi *sopra*, n. 44). In tal caso, la restituzione della cosa dovrà anche farsi a chi fece il prestito. Il comodatario non potrebbe in alcun modo allegare non esser questi proprietario, per esimersi dalla restituzione, quand'anche si trattasse di una cosa rubata dal comodante; avvegnachè non possa nel caso del prestito invocarsi l'art. 1938 (1810), che autorizza il depositario a ricusare la restituzione di una cosa rubata dal deponente (1). Potrà solo il comodatario, ove vi si creda obbligato in coscienza, avvisarne la persona a di cui danno fu involata la cosa, invitandola di reclamare e sequestrare la cosa stessa per impedirne la restituzione.

84. Quanto al luogo in cui deve farsi la restituzione, la regola generale è quella dell'art. 1247 (1200), il quale dispone che ogni pagamento di un corpo certo deve farsi, salvo una convenzione contraria, nel luogo ove al tempo del contratto era la cosa. E poichè la cosa prestata trovasi quasi sempre presso il comodante al tempo del prestito, così la restituzione deve avvenire nel domicilio di lui. Che se egli, posteriormente al contratto, abbia mutato domicilio, la cosa dee essergli restituita, secondo la intenzione presunta delle parti, nel nuovo domicilio, salvo che quest'obbligo non torni assai disagevole al comodatario. Su di ciò i giudici hanno per necessità un potere di estimazione, in grazia del quale riesciranno agevolmente all' equa composizione delle differenze che sorgessero tra le parti.

V.—85. Veniamo ora allo esame di ben più gravi difficoltà, onde conoscere se la perdita della cosa liberi il comodatario dall'obbligo di restituire. La regola generale è, che la perdita della cosa non liberi il comodatario, ma allora l'obbligo di restituirla risolvesi, per la forza stessa delle cose, nei danni ed interessi.

86. Del resto, ciò avviene tanto se la cosa siasi interamente perduta quanto se siasi deteriorata o perduta in parte. Solo vi saranno delle differenze necessarie per alcuni aspetti speciali. Così, se siavi semplice deterioramento o perdita parziale della cosa, tale da non impedirne l'uso al comodante, la differenza sarà nell'apprezzamento dei danni, che saranno certo in cifra minore di quelli da attribuirsi nel caso di perdita totale della cosa. Se poi la perdita parziale o il deterioramento sian tali che il comodante non possa più destinare la cosa sua a quell'uso cui per innanzi aveala destinata, ciò senza dubbio varrebbe per lui quanto una perdita totale, e si avrebbe dritto al risarcimento, come se la cosa fossesi interamente perduta: in tal caso però il comodatario potrebbe ritener per lui quel che sopravanza della cosa (2).

87. Nondimeno può avvenire, quando la cosa non sia stata materialmente distrutta, ma per esempio, rubata o momentaneamente dispersa, che la si rinvenga dopo essersene indennizzato il comodante. Potrà in tal caso il comodatario restituirla al comodante, richiedendogli la pagatagli indennità? Rispondiamo del no con tutti gli scrittori; avvegnachè il comodante abbia ben potuto procurarsi un altro oggetto, sostituendolo a quello perduto, che a quell'ora gli tornerebbe inutile. Può quindi non riceverlo, e

(1) *Vedi* Pothier (nn. 18 e 46); Duvergier (n. 88); Duranton (n. 514). *Conf.* Troplong (n. 514).

(2) *Vedi* Pothier (n. 70).—*Junge*: Delvincourt (t. III, p. 407, nota 4).

il comodatario, comunque la cosa gli fosse di poca utilità, non può per nulla dolersene, dappoichè egli ha commesso una colpa che al postutto avrebbe potuto esser punito con pena maggiore di quella cui soggiace, mentre ricuperando la cosa egli ha l'equivalente dell'indennità che avea dovuto pagare senz'alcun compenso.

Se la cosa ritrovisi dal comodante, questi può scegliere o l'oggetto, o la indennità ricevuta in denaro (1). Non potrebbe ritener l'uno e l'altro, chè si arricchirebbe ingiustamente a danno altrui.

88. La regola che la perdita della cosa non libera il comodatario dall' obbligo di restituirla, non deve intendersi in modo assoluto. Essa non può adottarsi specialmente allorquando la cosa si perda per caso fortuito o per forza maggiore. Siccome il prestito ad uso non trasferisce la proprietà, la cosa dunque, durante il prestito, rimane a rischio del proprietario, che quindi, salvo i casi eccettuati che tratteremo tantosto, deve soggiacere ai casi fortuiti.

Incombe però al comodatario provare il caso fortuito o la forza maggiore. Obbligato com' egli è di invigilare la cosa prestatagli, e quindi responsabile della conservazione della cosa stessa, è a presumere, quando non la riconsegni, ch'egli abbia mal soddisfatto la sua obbligazione; di guisa che a lui debbe imputarsi provvisoriamente la perdita che alleghi. Per venir meno questa presunzione rigorosa, ed affinchè egli possa godere il beneficio della regola *res perit domino*, fa mestieri che pruovi il caso fortuito o la forza maggiore.

89. Tutto ciò ammettesi senza difficoltà, almeno nel caso in cui la perdita avvenga per un accidente naturale e ordinario, sì che il comodatario non abbia potuto prevederlo nè distornarlo, e che avrebbe prodotto la perdita della cosa ancora che non fosse stata prestata, per esempio, se un cavallo prestato sia morto di un morbo incurabile.

Però, in altri tempi, è stata mossa su ciò una vivissima controversia, pel caso in cui il medesimo prestito sia stato causa del danno cui la cosa non sarebbe soggiaciuta se non fosse stata prestata. Citasi come esempio il caso in cui, essendo stato dato in prestito un cavallo per un viaggio, il comodatario sulla strada venga aggredito dai ladri che uccidono il cavallo o lo portano via. Pothier riferisce la controversia levatasi tra Puffendorfio e Barbeyrac da un lato, Tizio e Wolfio dall'altro: sostenevano i primi, che in tal caso la cosa prestata rimanesse a rischio del comodatario, e che, provato anche il caso fortuito o la forza maggiore, il comodante avesse dritto al risarcimento; pretendeano gli altri che in questo medesimo caso la cosa prestata rimanesse a rischio del comodante. Pothier segue questo ultimo avviso, che è di fatto il migliore, dacchè ha per sè una ragione perentoria, cioè, che, nel caso proposto, il prestito è l'occasione della perdita, non la *causa*, di guisa che non vi è alcun motivo plausibile per derogare alla regola, secondo cui i rischi della cosa rimangono in danno del proprietario (2).

90. Per contro, questa regola vien meno in altri casi. Spiegammo già il nostro parere per il caso in cui il comodatario ecceda il suo dritto, o servendosi della cosa ad un uso diverso da quello per cui fu prestata, o ritenendola oltre il termine convenuto (art. 1881 (1753)). Rimandiamo quindi alle nostre precedenti osservazioni (*sopra*, nn. 72 e 73), e passiamo ad altri casi che fa d'uopo determinare.

91. La perdita della cosa, quando pure avvenuta per caso fortuito o per forza maggiore, ricade sul comodatario, se sia stata accompagnata o preceduta da sua colpa. Così, se la cosa sia stata rubata, bruciata o perduta per inondazione, il comodatario non sarà liberato se non quando non siavi per nulla contribuita la sua negligenza, per esempio, se l'incendio sia divampato per

(1) *Vedi* Cujacio (*Comment. ad lib.* XXIX; *Pauli ad edictum*, l. 17, § 17, Dig., Commod.); Pothier (nn. 68 e 85); Duvergier (n. 102); Troplong (n. 94).

(2) *Vedi* Pothier (n. 55); Delvincourt (t. III, pagina 196 e p. 406, nota 6); Duranton (n. 51); Troplong (n. 89).

fulmine o appiccatosi dalla casa vicina, se l'inondazione derivi da non preveduta e subitanea piena di fiume, o dall'abbattimento di una diga che non spettava a lui sostenere, ec:

Del rimanente, sia in questo caso come in quello del caso fortuito (*sopra* n. 88), l'obbligo della pruova incombe a quest' ultimo. Dovrà dunque il comodatario mostrare, non solo che la cosa prestata, sia stata rubata, consumata dal fuoco o trascinata dalle acque, ma sì vero che gli sia tornato impossibile di istornare gli eventi, e che la trista ventura abbia fallito ogni sua vigilanza; per esempio, se il furto siasi consumato per forza, per mezzo di scalata o rottura, benchè la cosa fosse in luogo sicuro; se l'inondamento o l'incendio sia stato sì rapido che il comodatario abbia potuto a stento salvar sè stesso e nulla abbia potuto trar seco.

92. La regola che il caso fortuito torna a danno del comodante soggiace ancora ad altra eccezione, quando cioè il comodatario avrebbe potuto preservare la cosa dall'avvenimento, usando la propria, o potendone preservare una sola, abbia anteposta la sua. La disposizione formale dell' articolo 1882 (1754) prevede due casi che fa d'uopo esaminare successivamente.

93. E dapprima, il comodatario è in colpa, se, potendo impiegare la cosa propria a un lavoro, a un servizio, ad un uso qualunque, vi adoperi invece quella comodatagli. Ei contraviene per questo in qualche guisa alla regola posta di sopra, che gli vieta di usare la cosa in modo diverso da quello per cui vennegli prestata; poichè al postutto, il contratto di prestito esiste in quanto il comodante suppone che la cosa si presti per un bisogno che il comodatario non potrà soddisfare con i mezzi suoi proprî. Checchenesia, il comodatario fa un uso illegittimo della cosa prestata, se può valersi con utilità della sua; quindi giustizia vuole ch'ei risarcisca la perdita o il deterioramento in tal caso avvenuto. A mò d' esempio, un agricoltore toglie in prestanza il carro del suo vicino poichè i suoi non soddisfanno ai lavori d'urgenza; ei non potrà servirsi di questo carro se i suoi non sieno tutti impiegati. Se vien meno a questo dovere, se avvalesi del carro del suo vicino mentre uno dei suoi non rende alcuna opera, commette una colpa, e deve quindi rispondere della perdita soprarrivata per caso fortuito, a causa dell'uso indiscreto e illegittimo fatto della cosa prestata. In questo caso si applica la prima disposizione dell'art. 1882 (1754).

94. La seconda disposizione suppone l'ipotesi d'un accidente sì rapido ed incalzante, che riesca impossibile al comodatario mettere in salvo tutti gli oggetti minacciati. La cosa prestata non è del numero delle messe in salvo, è stata preda del tristo avvenimento: sarà in tal caso la perdita a carico del comodante? Sarà l'altro sciolto dalla obbligazione di renderla? È mestieri distinguere.

Se al comodatario sia riescito impossibile il salvamento della cosa prestata, sia a cagione del luogo ove essa trovavasi all'ora dell'avvenimento, sia pel trambusto che non gli diè tempo di scegliere, stringendolo a straportare le prime cose che gli capitaron fra mani, non gli si potrà rimproverare colpa alcuna, quindi sarà libero dall' obbligo di restituzione nè tenuto a di qualsivoglia risarcimento. Se all'incontro poteva, sacrificando la cosa sua, trarre a salvamento quella prestatagli, e non lo ha fatto, ha trascurato quel dovere di riconoscenza che il prestito gl' inculcava, ha commesso una colpa, e dee rifare la perdita, come se egli ne fosse la causa diretta.

Di fatto, l'art. 1882 (1754) chiama responsabile il comodatario nel solo caso in cui, potendo conservare la cosa propria e quella prestatagli, ha preferito la sua. La legge condanna appunto questa preferenza ingiusta del comodatario che, sconoscendo il dovere di gratitudine, sacrifica al proprio interesse quello del comodante. Mentre per ciò stesso libera virtualmente colui che, sopraffatto dall'avvenimento senza tempo di scelta, non potrebbe rispondere della perdita della cosa del comodante, mentre che la sua è stata salvata.

95. Questa è la sola distinzione che sorge dal testo del nostro articolo, e per con-

seguente, noi non seguiamo l'avviso di coloro i quali credono che, ove il comodatario abbia preferito la cosa sua a quella del comodante, e l'abbia serbato, debbasi ragguagliare il valore e l'importanza del suo oggetto e liberare il comodatario se la sua sia più preziosa (1). Pothier si leva contro questa distinzione, e l'art. 1882 (1754) la respinge egualmente colle sue parole generali. Questa per altro è l'opinione prevalente (2). Per fermo, il comodatario si mostrerebbe saggio e prudente, nè meriterebbe moralmente alcun biasimo, se cercasse anzi tutto il salvamento degli oggetti più preziosi, senza curar di sapere se sieno proprî o di altri. Ma la legge ha riflettuto, ch'egli operando in tal modo gode di un beneficio a danni del comodante, e che, in questo caso speciale, è ben giusto che chi profitta dell'uso della cosa sia tenuto pei rischi di essa.

96. Havvi infine un'ultima eccezione alla regola che pone a carico del comodante i rischi della cosa prestata, cioè quando il comodatario siasi espressamente sottoposto ai casi fortuiti. Difatti, il principio che la perdita avvenuta per caso fortuito liberi il comodatario, non colpevole, dall'obbligo di restituzione, non è essenziale nel prestito ad uso. Le parti quindi pònno modificare il principio con una convenzione speciale, mettendo a carico del comodatario tutti i casi fortuiti.

97. La legge stessa suppone questa convenzione nel caso in cui siasi apprezzata la cosa al tempo del contratto. Difatti l'articolo 1883 (1755) dice che: « Se la cosa sia stata stimata nel fare il prestito, la perdita, ancorchè succeda per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia convenzione in contrario ». Presumesi che le parti, nel fare l'apprezzamento, abbiano voluto stabilire l'indennità, che il comodatario debba pagare, qualora non renda la cosa al comodante, qualunque fosse la causa dell'impedimento.

Notiamo del resto che l'apprezzamento non può avere altro scopo che questo. Esso non può, come in fatto di costituzione di dote, aver per oggetto il trasferimento della proprietà, nè permettere al comodatario, spirato il termine, la scelta o di restituire la cosa, o di dare il valore di essa. Il comodante rimane proprietario della cosa, e questa appunto, quando esiste, gli deve essere restituita (3).

1885 (1757). Il comodatario non può ritenere la cosa prestata in compensazione di ciò che il comodante gli deve.

SOMMARIO.

I. 98. La disposizione del nostro articolo è estranea alla materia della compensazione.—99. Male adunque si è stimato che il legislatore abbia voluto interdire la compensazione anche nel caso di perdita per colpa del comodatario, quando questi risulterebbe debitore non più di un corpo certo, ma di un valore rappresentativo.—100. Del pari si è creduto a torto che il nostro articolo accenni al caso in cui siano state prestate cose fungibili solo ad pompam et ostentationem.

II. 101. Il nostro articolo ha per solo oggetto di vietare al comodatario, ancorachè sia creditore del comodante, che ritenga la cosa prestata e che si liberi quindi dall'obbligo di restituzione nascente dal comodato. — 102 La disposizione non intesa in questo modo sarebbe inutile.—103. In questo, il Codice si diparte dalla dottrina Pothier, negando al comodatario, creditore di spese fatte per la cosa prestata, il

(1) *Vedi* Duranton (n.527); Duvergier (nn.66 e 68).

(2) Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 460, nota 3); Dalloz (alla parola *Prestito*, n.86); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 381 e 382); Troplong (n. 117).— *Vedi* Pothier (n. 56).

(3) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 496, nota 3); Duvergier (n. 72); Duranton (n.533); Troplong (n.122).

dritto di ritenerla fino all'intero pagamento delle spese. — 104. Il comodatario gode del privilegio stabilito dall'art. 2102, § 2 (1971), in quanto che le spese abbiano avuto per oggetto la conservazione della cosa.

I.—98. L' obbligo della restituzione è così essenziale nel contratto di comodato, e ne deriva con tal forza di necessità, da non potere il comodatario, spirato il termine, ritenere la cosa, allegando di esser creditore verso il comodante.

Ciò emerge dall' art. 1885 (1757), che non darebbe luogo a false interpretazioni, se ne fosse più chiara e precisa l'espressione.

Anzi tutto bisogna rimuovere l'idea di compensazione, comunque l'articolo ne faccia parola. La compensazione può solo operarsi di cose fungibili, mentre che il comodato di sua natura ha per oggetto corpi certi. Male adunque potrebbe comprendersi che l'oggetto del prestito ad uso si compensi con qualsivoglia altro; e se il legislatore, riproducendo nell'art. 1885 (1757) il divieto dell'art. 1293 § 2 (1247), e stabilendo che, « il comodatario non può ritenere la cosa prestata in compensazione di ciò che il comodatario gli deve, » avesse voluto significare che tra il corpo certo detenuto dal comodatario e le somme dovute dal comodante non potesse esservi compensazione, avrebbe sancito la disposizione più inutile e dichiarato ad un tempo la verità più elementare.

Nondimeno alcuni scrittori, mentre non interpretano letteralmente l'articolo, nè gli attribuiscono tale significato, vanno imaginandone altri che non si possono ammettere.

99. Da un lato, alcuni suppongono, che il legislatore interdica la compensazione, anche nel caso in cui, perduta la cosa prestata per colpa del comodatario, l'obbligo della restituzione si fosse tramutato in quello dei danni ed interessi (1). Ma il testo medesimo della legge ricisamente respinge tale supposizione, dacchè il nostro articolo e l'art. 1293 (1247) parlano di dare o di ritenere in compensazione la *cosa stessa* prestata. Il legislatore adunque non ha accennato al caso in cui la cosa si fosse distrutta o dispersa per colpa del comodatario il quale allora risulterebbe debitore di una somma di denaro. Questo caso, del tutto estraneo al nostro articolo, cade sotto l'impero dei principî generali in materia di compensazione, val quanto dire che questa in allora seguirebbe di pieno dritto, estinguendo reciprocamente i due debiti del comodante e del comodatario sino alla concorrenza delle quote rispettive. Questa dottrina è ammessa generalmente (2), e noi, contro l' avviso di Duvergier (3), soggiungiamo, che altrettanto avverrebbe nella strana ed improbabile ipotesi, che il comodatario faccia perire la cosa per tramutare il suo debito di corpo certo in quello di una somma determinata. Il dolo del comodatario non annullerebbe in alcun modo le condizioni essenziali della compensazione, che può aver luogo in tale ipotesi, come se la cosa fosse perita per causa involontaria del comodatario.

100. Si è creduto, dall'altro canto, che il nostro articolo accenni ad un comodato di cose *fungibili* prestate *ad pompam et ostentationem*, perchè le si rendano identicamente le stesse; ed abbia interdetto al comodatario, anche creditore, di trattenere la cosa per compensazione, sebbene in tal caso si tratti di cose liquide e compensabili (4). Ma noi abbiamo già detto, non esservi cose fungibili o non fungibili di propria natura; e che solo l'intenzione delle parti ne determina tale carattere (*sopra*, n. 9); di guisa che se una cosa, comunemente riguardata come fungibile, sia stata

(1) *Vedi* specialmente Delvincourt (t. III, p. 408 e 409, nota 9).

(2) *Vedi* Pothier (n. 44). *Sic* Toullier (t. VII, n. 383); Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 429); Duranton (t. XVII, n. 527); Marcadè (art. 1293 (1247), t. II, p. 2ª, n. 831); Massè e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 461, nota 10); Troplong (n. 131.

(3) Duvergier (n. 93).

(4) Toullier (*loc. cit.*); Duvergier (n. 91); Troplong (n. 130).

prestata per essere resa in natura, non è più tale ed assume il carattere di corpo certo: errano dunque gli scrittori che noi confutiamo, quando affermano che nel caso da loro supposto trattisi di cose compensabili, e che un corpo certo non potrebbe essere elemento di compensazione. E vanno sicuramente ingannati quando credono che tale ipotesi sia simile a quella prevista dall'art. 1885 (1757), mentre nemmeno i compilatori del Codice riteneano le cose fungibili potessero formare oggetto del prestito ad uso (*sopra*, n. 11). Laonde un' interpretazione che si fondi sull' esistenza di tal circostanza riesce manifestamente erronea, dacchè i compilatori del Codice non poteano ammettere un' ipotesi secondo loro impossibile.

II.—**101.** Qual è dunque l'intendimento della legge? Giovi ripeterlo, essa vuole ribadire energicamente la necessità dell'obbligo di restituzione derivante dal comodato. I compilatori del Codice non ebbero in pensiero la compensazione propriamente detta, la quale parola sfuggì per inesattezza nell'art. 1885 (1757); ma essi temeano che il comodatario, creditore del comodante, non trattenesse la cosa prestata finattantochè non fosse pagato, come per una specie di pegno o per *dritto di ritenzione*, secondo l'espressione consacratavi. Questo pensiero inducesi dai termini stessi della legge, e assai più dalla parola *ritenere*, la quale non potrebbe applicarsi alla compensazione propriamente detta, dapoichè le due parti debitrici e creditrici reciprocamente *oppongono* e non ritengono la somma loro dovuta in compensazione di quella che devono. Senza di che, nei lavori preparatori del Codice trovasi questo pensiero chiaramente indicato; e da essi si vede, che l'art. 1885 (1757) non è se non se la riproduzione della legge ultima del Codice, *Commod: Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* (1); il che è abbastanza significativo, perciocchè questa legge non allude alla vera compensazione ma al diritto di ritenzione.

102. La disposizione del nostro articolo intesa in questo modo riesce d' un' utilità inoppugnabile. Trattandosi di crediti non nascenti dal contratto di prestito, la legge certamente avrebbe fatto cosa inutile disporre che il comodante non potesse trattenersi la cosa prestata fino a che fosse pagato. I principî generali sarebbero bastati per eliminare la pretensione del comodatario, dapoichè, ancoraquando il nostro articolo non fosse, ei non potrebbe ritenere col pretesto di un credito la cosa prestatagli, non avendo su di essa un diritto reale, nè assicurarsi dopo il fatto un pegno che nessuna convenzione gli ha conferito.—Però ben può il comodatario avere verso il comodante crediti che nascano dal prestito medesimo; di fatto, giusta gli art. 1890 e 1891 (1762 e 1763) (vedi *infra*, nn. 122 e seg.), il comodatario deve essere compensato delle spese che ha dovuto fare per la conservazione o il miglioramento della cosa, ed essere indennizzato del danno recatogli dai difetti della cosa prestata, se il comodante, conoscendoli al tempo del prestito, non glien' abbia dato notizia. Or appunto in vista di questi crediti riesce utile l'art. 1885 (1757).

103. In questa parte adunque i compilatori del Codice dipartironsi dall'antica dottrina. Difatti, secondo Pothier, le spese fatte per la conservazione della cosa fornivano una delle ragioni per cui il comodatario potea non fare la restituzione, perciocchè, come egli dice, « il comodatario, al pari di tutti coloro che han fatto spese per la conservazione di una cosa che si trovi in loro potere, ha il dritto di ritenerla onde essere rimborsato, dacchè la cosa reputasi obbligata per le spese medesime, *veluti quodam pignoris jure* (2). » Noi non daremo per ora il nostro parere sulla teoria generale del dritto di ritenzione, nè indagheremo se possa estendersi a tutti i casi; ciò, come accennammo nel nostro *Trattato - Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche* (n. 22), va riserbato nel

(1) Esposizione dei motivi di Galli (Locré, t. XV, p. 36; Fenet, t. XIV, p. 450).

(2) Pothier (n. 43).

nostro commentario sul *Pegno*. Ci basti qui dire, lasciando intatta la quistione generale, che l'art. 1885 (1757) nega al comodatario il diritto di ritenzione, anche nel modo e coi temperamenti proposti da Pothier. Noi non ignoriamo che il maggior numero degli scrittori dissentono su di questo (1), ma sembraci che i loro sistemi siano poco logici: pretendono gli uni, doversi attribuire al comodatario il dritto di ritenzione non solo per le spese di conservazione o di miglioramento, ma anche pel danno recatogli dai difetti o vizî della cosa; sostengono gli altri, ch'egli abbia questo dritto solo per le spese fatte a migliorare la cosa. Non intrattenendoci di queste distinzioni, cui per altro ripugnano i termini generali del nostro articolo, noi attacchiamo il sistema nel suo principio: e l'attacchiamo non solo perchè nel titolo *Del Prestito* non havvi disposizione simile a quella dell'art. 1948 (1820), il quale, nel caso di *deposito*, e pei crediti di cui qui si discorre, accorda al depositario il dritto di ritenzione; ma ancora più perchè vi si oppone il nostro art. 1885 (1757), il quale gli niega appunto questo diritto (2). Ciò appunto ebbero in mente i compilatori del Codice, i quali, dipartendosi a tal riguardo da Pothier loro guida abituale, ubbidirono in questo alla logica delle cose e si tennero nello stesso tempo entro i limiti della verità e della giustizia. Mal si giustificherebbe dunque il diritto di ritenzione in favore del comodatario, sì come in favore del depositario ben si giustifica. Questi *rende* un servizio al deponente, e ben si comprende ch'ei possa ritenere la cosa depositata sino allo intero pagamento di quanto gli si dee in virtù del deposito. Per converso, nel prestito ad uso il comodatario *riceve* un servizio, e non si saprebbe intendere come questi, dopo ritratto dalla cosa prestata un vantaggio ed un'utilità di cui il comodante si è privato gratuitamente, potesse aver dritto di ritenere la cosa per pagarsi della tale o tal'altra spesa, assicurandosi una specie di pegno, e contraccambiando con questa mostra di diffidenza, l'atto benevolo e fiducioso del comodante!

104. Notiamo del resto, che se il comodatario non acquista il dritto di ritenzione per le spese fatte, non perde quello di garentia. Queste spese, dacchè furono fatte per la conservazione della cosa prestata, graveranno sulla cosa medesima, e quindi il comodatario avrà il privilegio di conservazione nelle condizioni e nei termini dell'art. 2102, § 2, (1971) del Codice Napoleone.

1886 (1758). *Vedi il commentario di questo articolo insieme con quello degli articoli 1880 (1752) e seg. (sopra, n. 69).*

1887 (1759). Se più persone abbiano unitamente preso in prestito la stessa cosa, ne sono solidalmente tenute verso il comodante.

SOMMARIO.

105. Su qual presunzione si fondi la obbligazione solidale stabilita dal nostro articolo. — *106. Ma tal disposizione non deve estendersi; in conseguenza dividesi l'obbligazione nel caso in cui, fattosi il prestito a un solo, il comodatario muoia lasciando più eredi.—Eccezione.*

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 400, nota 1); Toullier (t. VII, n. 384); Duvergier (n. 92); Dalloz (n. 118); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. III, p. 461, nota 10); Troplong (n. 128),

(2) *Vedi* conf. Duranton (t. XVII, n. 538); Toullier (t. VI, p. 425); Mourlon (*Esame critico*, n. 231, p. 736 e seg.).

I.—105. L'obbligazione solidale non si presume (C. Nap., art. 1202 (1155)), ma deve risultare o da un'espressa convenzione, o da una disposizione di legge. L'articolo 1887 (1759) offre un caso di obbligazione solidale che deriva da quest'ultima causa. Qui la legge suppone, che colui il quale ha affidato la cosa sua a più comodatari, senza dividerla tra di loro, abbia voluto rendere a ciascuno un servizio compiuto, come se la cosa fosse prestata a lui solo, e quindi abbia inteso che ognuno ne fosse responsabile per l'intero: in conseguenza lo art. 1887 (1759) dispone che, se più persone abbiano unitamente preso in prestito la stessa cosa, ne sono solidalmente tenute verso il comodante. Quest'era la regola del dritto romano, come emerge dalla legge 5, § 15, Dig. *Commod.*, e comechè un altro testo, sotto il medesimo titolo, manifesti il contrario, acciò che quando siasi consentito un prestito tra più persone, ciascuno dei comodatarî è tenuto per la sua parte (l. 21, § 1), non si poneva in dubbio che il primo testo sancisse la regola dell'obbligazione solidale, laddove il secondo supponea che nella specie vi fosse la clausola particolare « che ognuno dei comodatarî non dovea rispondere della cosa prestata in comune, se non per la parte sua » (1).

106. Ma poichè l'obbligazione solidale deroga gravemente al dritto comune, ne segue, che la si dee contenere rigorosamente nei limiti assegnatile dalla convenzione o dalla legge. Laonde, se la cosa sia stata prestata ad una persona, e questa muoja lasciando più eredi, l'obbligazione nascente dal prestito si divide tra costoro; nessuno è tenuto al di là della sua parte (C. Nap., art. 1220 (1173)), salvo che un solo degli eredi detenga la cosa prestata; nel qual caso, in virtù di un'altra eccezione al principio della divisibilità (articolo 1221, § 2, (1174)), costui può esser chiamato in giudizio per l'intero (2).

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL COMODANTE.

SOMMARIO.

107.—Quadro generale e divisione.

107. Abbiam detto (nn. 27 e 28) che il comodato è un contratto sinallagmatico imperfetto, in quanto che, essendo di sua natura unilaterale, non può necessariamente produrre obbligazioni se non a carico del comodatario; ma può nondimeno, o per caso o per circostanze particolari, generare delle obbligazioni nel comodante. Parleremo dunque in questa sezione, ultima del capitolo, di queste obbligazioni, secondo i quattro articoli che commenteremo. Giova dire pertanto, che solo gli articoli 1890, 1891 (1762, 1763) riferisconsi alle obbligazioni del comodante, mentre i due precedenti parlano: l'uno dell'obbligo meramente negativo di lasciare al comodatario la cosa prestata sino al termine convenuto, l'altro di un'eccezione a questa regola.—Checchenesia, noi seguiremo, nell'interpretazione, l'ordine tracciato dal Codice.

(1) *Vedi* Pothier (n. 63). — *Junge*: Delvincourt (t. III, p. 409, nota 10).

(2) *Vedi* Pothier (n. 66). — *Junge*: Delvincourt (*loc. cit.*); Toullier (t. VI, n. 750); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 462, nota 11); Troplong (n. 140).

1888 (1760). Il comodante non può ripigliare la cosa data in prestito, se non trascorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, se non dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu prestata.

1889 (1761). Nondimeno se, durante il detto termine, o prima che sia cessato il bisogno del comodatario, sopravvenga al comodante un bisogno urgente e non preveduto di valersi della cosa, può il giudice, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirla.

SOMMARIO.

I. 108. Carattere dell' obbligazione imposta al comodante di lasciare al comodatario l'uso della cosa prestata, sino alla fine del prestito.

II. 109. 1°. Del caso in cui il termine sia stabilito nella convenzione. Il comodante deve lasciare al comodatario l'uso della cosa finattantoché il termine non sia scaduto. — 110. Il comodante può essere obbligato di lasciare al comodatario la cosa oltre il termine, quando la stipulazione non sia abbastanza esplicita e imperativa; — 111. E parimente, se pure la stipulazione fosse imperativa, quando il comodatario abbisogni, scorso il termine convenuto, di alcun tempo ancora acciocchè finisca di servirsi della cosa prestata.

III. 112. 2°. Del caso in cui non vi sia termine convenuto. Il comodante non può allora riprendere la cosa sua, se non dopo che abbia servito all'uso per cui fu prestata; — 113. O piuttosto, se non dopo che abbia potuto essere stata impiegata a quest' uso. — 114. Se la cosa prestata è capace di un uso permanente, possono i giudici, in mancanza di un tempo convenzionale, determinare la durata dell' obbligazione. — 115. Modificazione di queste regole in ciò che riguarda il contratto di prestito precario. — 116. Passaggio all'esame dei casi in cui il comodante vien disgravato dall' obbligazione di cui trattasi.

IV. 117. Del caso in cui sopraggiunga al comodante un bisogno urgente e non preveduto della cosa sua, mentre che essa trovasi nelle mani del comodatario. Art. 1889 (1761). — 118. In questo caso non può pretendersi la restituzione immediata, se non quando il bisogno della cosa propria sopravvenuto al comodante sia ad un tempo non preveduto ed urgente. — Anche in questa condizione il comodatario può essere autorizzato a dare una cosa equipollente. — Sviluppo.

V. 119. Altre eccezioni. — 120. Del caso in cui il comodatario abbia ritratto, pria della scadenza del termine, tutto quanto si riprometta dalla cosa. — 121. Del caso in cui il comodatario muoja pria che fosse spirato il tempo, e non abbia finito di servirsi della cosa. Rimando.

I. — 108. Manifestammo più sopra il nostro intendimento sul diritto spettante al comodatario di trattenere l'oggetto prestato sino a che non sia spirato il tempo definito nella convenzione, o voluto dalla natura stessa dell'oggetto e dall'uso cui è destinato (*sopra*, n. 82). Questo dritto suppone un'obbligazione corrispondente da parte del comodante, quella cioè di lasciare al comodatario la cosa prestata, e questa obbligazione, secondo che si esprime Pothier (1), vien generata, sì dal consenso che dà il comodante onde il comodatario ritragga dal prestito tutto il servizio sperato, che dalla buona fede, la quale non permette che ci revochi questo consenso dato volontariamente e in piena libertà. Questa obbligazione del tutto negativa, come

(1) N. 76.

pur dinanzi dicemmo, vien confermata dall'art. 1888 (1760), il quale dispone che « il comodante non può ripigliare la cosa data in prestito, se non trascorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, se non dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu prestata. »—Esamineremo successivamente le due ipotesi in quest'articolo prevedute.

II.—109. Quando il termine sia fissato dalla convenzione, per esempio se, prestandovi il mio cavallo, io mi sia obbligato a cedervene gratuitamente l'uso per otto giorni, il termine stipulato è, in generale, la regola per le due parti. Così, finchè non siano gli otto giorni trascorsi, il comodante dee interdirsi ogni reclamo che miri a ritorre il cavallo dalle mani del comodatario. Ma d' altro canto, posciachè allo spirar del termine il cavallo sia stato reclamato, il comodatario dee farne al comodante la restituzione. Indarno direbbe che il cavallo non gli abbia reso tutti i servigi che avrebbe voluto ritrarne, e che abbia bisogno di trattenerlo ancora. Ciò sarebbe un voler imporre al comodante quella beneficenza che dev' esser sempre volontaria, e il comodatario vi avrebbe tanto meno diritto, in quanto che al postutto egli ha già ricevuto dal comodante un servizio meramente gratuito. Quest'ultimo può dunque invocare la convenzione e dire, che avendo aspettato sino al giorno assegnato per limite alla durata del suo impegno, ha già soddisfatto la sua obbligazione e può ripigliare la cosa sua.

È questa la regola generale, che soffre nondimeno qualche modificazione.

110. E dapprima, i giudici che, a tal riguardo, hanno una certa latitudine di estimazione, possono rintracciare nelle circostanze e nei termini della convenzione, qual sia stato l'intendimento delle parti, e specialmente se, nella determinazione del tempo, il comodante e il comodatario siano stati concordi a stabilire che in nessun caso la cosa prestata non rimanesse nelle mani di questo ultimo anche un sol giorno oltre il termine convenuto. A mo' di esempio, se voi mi avete prestato un cavallo per lavorare il mio campo, o un manoscritto per trascriverlo, stipulando ch'io trattenga questi oggetti per otto giorni, tempo bastevole a raggiunger lo scopo che mi propongo, i giudici, estimando la clausola inerente al termine stabilito, potran dire, che essa non sia assolutamente imperativa, e decider quindi che voi intendeste calcolar solo i giorni in cui io potessi usare il manoscritto o il cavallo, e stremarne il novero di quelli in cui, sia per un temporale, sia per una ferita alla mano, mi sia stato impedito di arare o di scrivere.

111. Nè ciò solo: anche nel caso che la stipulazione del termine sia concepita in termini più precisi, possono i giudici, in vista di tale o tal'altra circostanza che spetta loro di considerare, respingere le domande del comodante, che alla scadenza del termine chieda la pronta restituzione della cosa comodata. In questo senso è detto da Pothier, che, se all'ora in cui scade il termine convenuto, il comodatario bisognasse di qualche giorno ancora per ritrar tutto il servizio dalla cosa prestatagli per usarne, e il comodante non risentisse alcun danno dalla dilazione, questi debba lasciar tuttavia la cosa al comodatario. Anzi Pothier si spinge più oltre. Egli sostiene, che ancora quando al comodante ne venisse dall'indugio alcun danno, se quello cui soggiacerebbe il comodatario per effetto di una pronta restituzione, fosse di molto maggiore, anche in questo caso si debba lasciar la cosa a quest'ultimo, col peso di rifare al comodante il danno cagionatogli a causa del ritardo (1). I quali temperamenti sorgono così ad evidenza dallo spirito del contratto e dal pensiero di benevolenza che ne è il principio, che devono anche oggi necessariamente ammettersi (2).

III.—112. Eccoci logicamente alla seconda ipotesi dell'art. 1888 (1760), quando cioè alcun termine non sia stato assegnato nella convenzione. Il nostro Codice, tenendo per fermo che non sia stato nell'inten-

(1) Pothier (n. 28).

(2) *Vedi* Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 377).

zione delle parti di rendere e di ricevere un servizio dimezzato, dispone, che in mancanza di qualunque termine stabilito, il comodante non possa ripigliare la cosa sua se non dopo ch'essa abbia servito all'uso per cui fu prestata.

Il legislatore ragionevolmente riflette, che il comodante è obbligato, in virtù del consenso dato alla stipolazione del contratto, per tutto il tempo necessario all'uso che il comodatario si è prefisso di fare della cosa ricevendola in prestito. Il comodante, dice Pothier con somma esattezza (1), non potrebbe senza ingiustizia dimandare prima la restituzione, dapoichè, quantunque egli avesse potuto non prestarla, nondimeno avendola in fatto comodato per un determinato uso, è tenuto di concederla al comodatario per tutto il tempo necessario; chè altrimenti defrauderebbe il comodatario, che ha fatto calcolo su quel prestito, e che avrebbe potuto, senz'esso, prendere altri espedienti, e procurarsi altrove la cosa di cui aveva bisogno.

113. Nondimanco conviene insistere su questo punto: quando la legge dice che il comodante non può ripigliare la cosa sua, *se non dopo che ha servito* all'uso per cui fu prestata, si debbe intendere che il comodante ha dritto alla restituzione quando la cosa *abbia potuto essere stata impiegata* a quest'uso; chè infatti non potrebbe il comodatario, trascurando di servirsi della cosa, trattenerla e serbarla indefinitamente. Io vi presto il mio cavallo per lavorare il vostro campo; nulla v'impedisce di darvi all'opera, e voi non ve ne date pensiero; io quindi avrò certamente il diritto di ritoglìervi il cavallo alla scadenza del tempo che poteva esser necessario a coltivare il vostro campo.

114. Parimenti, quando vien detto che il comodante, in mancanza di convenzione, è obbligato per tutto il tempo necessario all'uso della cosa prestata, o ad ottenere il servizio che il comodatario si è proposto ritrarne, intendesi naturalmente del caso in cui il servizio della cosa prestata possa conseguirsi in uno spazio di tempo più o meno lungo, ma che almeno sia limitato e possa essere con approssimanza determinato. Così, se un cavallo sia stato prestato per fare tale o tal altro viaggio, se un manoscritto è stato dato in prestanza collo scopo di leggerlo o di copiarlo, il comodante è obbligato, nè può chiedere la restituzione del cavallo o del manoscritto, finattantochè non sia scorso il periodo di tempo necessario, sia per fare il viaggio, sia per leggere o copiare il manoscritto. Ma pongasi che la cosa prestata sia capace di un uso permanente e che possa esser continuato per un tempo indefinito, come una camera per abitazione, una rimessa per carrozze; è chiaro ad evidenza che non si possa in tal caso opporre al comodante il consenso da lui dato alla stipulazione del contratto per obbligarlo a conceder l'oggetto al comodatario finchè potrà essergliene di giovamento l'uso. In tal caso, se il comodante è stato così improvido da non fissare il giorno in cui gli sarà permesso di ripigliare la cosa sua, i tribunali vi provvederanno, determinando la durata dell'obbligazione. Giudicheranno sul proposito, a seconda delle circostanze, e, come dice la corte di Colmar in una decisione già da noi citata (2), a seconda della intenzione delle parti, per quanto possa rivelarsi sia dalla loro reciproca condizione, sia dalla natura dell'obbligazione contratta.

115. Nel fin qui detto noi abbiamo avuto di mira il prestito ad uso nel modo come è regolato dalle disposizioni del Codice Napoleone. Ma se invece di un tal prestito, le parti abbiano conchiuso il contratto di precario, di cui parlammo di sopra (nn. 50 e seg.), non sarebbe più il caso di parlare di questa obbligazione negativa stabilita dall'art. 1888 (1760), dacchè il carattere proprio di questo contratto sia appunto nella condizione apposta dal comodante, di ritornar nel possesso della cosa sua quando gli torni utile di ridimandarla. Onde generalmente è consentito, che il precarista,

(1) Pothier (n. 24).

(2) Colmar, 8 maggio 1845 (S. V., 47, 2, 157; Dalloz, 46, 2, 219; J. P., 1846, t. 1, p. 162).

dovendo aspettarsi ad ogni ora che la cosa gli sia ritolta, debba impiegarla ad un uso che ne permetta la pronta restituzione (1).

Tuttavia non è a credere che, anche nel caso del contratto di precario, debba darsi ascolto al comodante, che capricciosamente, senza interesse proprio e con gran danno del precarista, reclamasse la cosa sua sì tosto che l'abbia consegnata. Anzi tutto fa mestieri che il contratto di precario sia considerato conforme alla sua origine, cioè un contratto di beneficenza; e cesserebbe di esser tale, si convertirebbe in causa di danno per colui che ha ricevuto in precario, se egli rimanesse talmente ad arbitrio del prestatore, da dovere alla prima inchiesta, ed in qualunque circostanza, eseguire la restituzione senza potere ottenere alcuna dilazione. Diciamo a tal proposito con Domat, la di cui opinione è oramai generalmente seguita, che se colui che ha prestato la cosa a titolo di precario può ripigliarla pria che ne sia l'uso finito, avendola dato con condizione di ritoglierla quando gli piaccia, « ciò non deve intendersi nel senso ch'egli abbia una libertà arbitraria di riprendere la cosa quando che voglia, anche immediatamente, e forse in un momento in cui arrecherebbe danno a colui che usavane; ma dee concedersi a costui il tempo richiesto dalla ragione, secondo le circostanze (2) ».

116. Poste queste idee in quanto riguarda l'obbligazione negativa del comodante di non ripigliare la cosa prestata, se non trascorso il termine convenuto, o dopo che essa è servità all'uso per cui fu prestata, non abbiamo più ad insistere sulla obbligazione in sè stessa, e veniamo all'esame di alcuni casi di eccezione, in cui il comodante può e dev'essere rilevato di quest'obbligazione.

IV.—117. L'art. 1889 (1761) ha preveduto uno di questi casi, quello in cui pria della scadenza del termine assegnato, o pria che il comodatario siasi valso della cosa che avea tolto in prestito per usarne, avvenga che il comodante stesso ne risenta un bisogno urgente e non preveduto. In tal caso potrà il comodante non aspettare il termine convenuto, e potrà il giudice, come è detto nel nostro articolo, tenendo presenti le circostanze, obbligare il comodatario a restituir la cosa al comodante.

A primo aspetto, parrebbe questa una notevole derogazione a quel principio del nostro diritto, che le convenzioni sono libere, e una volta legalmente formate han forza di legge per coloro che le han fatte. (Cod. Nap., art. 1134 (1088)). Nulladimeno può ben dirsi, questa derogazione essere più apparente che reale, atteso che la legge in questo luogo altro non fa che interpretare la volontà e l'intenzione delle parti. Essa muove difatti da questa supposizione, cioè che il comodante abbia rilasciato la cosa sua poichè potea farne a meno; e prevedendo il caso che a lui sopraggiugnesse un bisogno non preveduto ed urgente della cosa propria, ritiene, come dicea Galli al Corpo legislativo (3), che il contratto siasi formato con la tacita condizione che il comodante, avvenuto questo caso, possa far disciogliere il comodato ed ottenere la restituzione della cosa propria prima del tempo convenuto, o pria che cessi il bisogno del comodatario. — Non è men vero però, che in tal caso trattasi d'infrangere una convenzione liberamente formata, ed è questa una ragione potente perchè, nell'applicazione, la disposizione della legge sia mantenuta nei suoi limiti precisi. Veggiamo adunque in quali casi e con quali condizioni possa essere applicata.

118. Io v'ho prestato per uno o due mesi una cosa, di cui sento bisogno durante questo periodo di tempo; ciò non importa ch'io possa chiedere, pria dello spirare del termine, la restituzione della cosa;

(1) *Vedi* specialmente Duvergier (n. 127) e Troplong (n. 156).

(2) Domat (t. V, sez. 3, n. 2). *Vedi* pure Pothier (n. 89); Duvergier (n. 129); Troplong (n.155); Mourlon (t. III, p. 377, 5ª ediz.).

(3) *Vedi* Esposizione dei motivi (Locrè, t. XV, p. 36 e 37; Fenet, t. XIV, p. 451).

dovrà prima esaminarsi se il mio bisogno sia non preveduto ed urgente, ovvero se io lo abbia potuto prevedere al tempo in cui consentia il prestito, e se possa indugiarne il soddisfacimento.

In quest'ultima ipotesi, il bisogno sopravvenuto della cosa, non potrebbe impedire che il contratto seguisse il suo corso ed aggiungesse al suo termine. Avendo consentito al comodato, io mi sono per ciò stesso sottomesso alla privazione della cosa prestata durante il tempo per cui ve ho ceduto l'uso, e a soffrire l'incomodo che me ne potrebbe venire nella cura e nel governo dei miei affari. Sarebbe tutta mia la colpa, se preveggendo che potessi aver bisogno della cosa mentre ritrovasi nelle mani del comodatario, non avessi formalmente stipulato la facoltà di ripigliarla quando ne avessi bisogno, fosse anche pria del termine convenuto. Forse anche è a supporre ch'io appositamente abbia serbato il silenzio su questo punto, volendo, per non rendervi un beneficio dimezzato, sacrificare il mio comodo al vostro, e preporre al mio il vostro interesse. Checchenesia, è certo che l'art. 1889 (1761) non riguarda per nulla questo caso.

Ma ove il bisogno della cosa comodata soprarrivi al comodante non proveduto ed urgente, ha luogo l'applicazione di quest'articolo. Così, se quando io vi prestava una cosa per uno o due mesi, non avessi avuto ragion di prevedere lo avvenimento successo pria della scadenza di questo termine, e che oggi mi rende la cosa così assolutamente necessaria da non poterne fare a meno, nè momentaneamente sopperirvi con un' altra; io mi trovo nel caso preveduto dall'art. 1889 (1761), e senz'aspettar questo termine, posso chiedere la restituzione della cosa prestata.

Solo notiamo, essere indispensabile il concorso di queste due circostanze, cioè che il bisogno sia ad un tempo non preveduto ed urgente; sono queste le parole medesime della legge. Un bisogno che fosse non preveduto, ma non urgente, di guisa che il comodante possa senza danno e senza grave disagio ritardarne il soddisfacimento, o un bisogno che fosse urgente, ma preveduto, in modo che il comodante avrebbe potuto prevederlo quando il prestito fu consentito, non sarebbe tale da render lecito al comodante di chiedere la restituzione della cosa pria della scadenza del termine.

Aggiungiamo che, ancora quando concorrano le due circostanze, la restituzione non dovrà sempre e necessariamente ordinarsi. Pothier cita per esempio il caso in cui fossero stati prestati al comodatario due puntelli per sostenere il soffitto della sua casa. Se il comodante, egli dice, bisognando tutt'ad un tratto dei suoi puntelli per sorreggere la casa propria, vien richiedendoli, dev'essere ammessa l'offerta del comodatario che volesse provvedere il comodante di altri puntelli a proprie spese; onde costui se ne valga in vece di quelli che il comodatario non potrebbe togliere senza rischio (1).

Questa soluzione, ammessa anche oggidì dal maggior numero degli scrittori, vien confutata nulladimeno da Duvergier (2). Ma nonpertanto noi la riteniamo esattissima e rispondente a capello ai termini dell'articolo 1889 (1761), il quale, lungi di mettere il giudice nella necessità di ordinare la restituzione anticipata della cosa prestata, gli accorda la libertà di decidere secondo le circostanze.

V.—119. Il caso preveduto dall'art. 1889 (1761) non è il solo in cui il comodante possa chiedere la restituzione pria del termine convenuto. Altri casi presentansi per la natura stessa della cosa.

120. Così avviene, quando pria del termine, il comodatario abbia ritratto dal comodato tutto il servizio che ne aspettava. Per esempio, io ho tolto in prestito il vostro cavallo per otto giorni, onde lavorare il campo, o il vostro manoscritto per co-

(1) *Vedi* Pothier (n. 25).

(2) *Vedi* Duvergier (n. 107). Ma *vedi* Troplong (n. 153); Duranton (t. XXVII, n. 546); Boileux (t. VI, p. 390); Taulier (t. VI, p. 426); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 462, nota 3).

pitolo. Mi son dato all'opera tostamente, e in capo a sei giorni ho lavorato il mio campo od ho finito la copia. Io non ho più alcun motivo per trattenere il cavallo o il manoscritto, e voi avete tutto il dritto a chiedermene la restituzione senza aspettare che spirino gli otto giorni fissati.

121. Parimenti avviene, se, fattosi il prestito espressamente al comodatario ed a lui personalmente, quest' ultimo muoja pria che la cosa fosse servita compiutamente all' uso per cui l' avea tolta in prestanza. Ma fa d' uopo vedere nelle circostanze la pruova chiara e precisa che il comodato siasi fatto nell' interesse esclusivo del comodatario; chè se fosse altrimenti, varrebbe di tutta sua forza il principio che quegli abbia stipulato per sè e suoi eredi, e il comodante sarebbe tenuto di concedere agli eredi l'uso della cosa prestata sino allo scadere del termine stabilito nella convenzione (1). Noi, su di ciò, demmo il nostro parere nel commentario dello articolo **1879** (**1751**) (vedi *sopra*, nn. **47** e seguenti).

1890 (**1762**). — Se durante il prestito, sia stato obbligato il comodatario, per conservare la cosa, a qualche spesa straordinaria, necessaria ed urgente, in modo da non poterne prevenire il comodante, questi sarà tenuto a farne il rimborso.

SOMMARIO.

I. ***122***. *Casi in cui il comodatario possa ricorrere contro il comodante pel pagamento di spese straordinarie, che egli sia stato obbligato di fare per conservare la cosa prestata.* — ***123***. *L'obbligo che ha il comodante di rifare le spese è personale e non reale. — Conseguenze.*

I. — **122**. Dicemmo sopra, commentando l'art. **1879** (**1758**) (n. 69), che il comodatario debba soffrire diffinitivamente le spese fatte per conservare la cosa e volgerla all' uso cui la destinava. Ma se egli abbia fatto, per causa della cosa stessa, delle spese straordinarie, giustizia vuole ch' ei non soffra anche queste senza dritto al rimborso, chè allora il comodante si arrichirebbe a spese di quello. Il comodato è e deve riuscire un contratto di beneficenza da parte del comodante verso il comodatario, e non da parte di questo verso di quello.

Quest' ultimo sarà dunque obbligato a rifare la spesa; questa è invero la sola obbligazione *positiva* che possa nel comodato pesare sul comodante, laddove è puramente negativa quella di cui tratta l'articolo **1888** (**1760**) (nn. **107** e **108**). Nondimeno, l'obbligazione non è assoluta, e dà luogo ad alcune distinzioni, che fa qui d'uopo determinare.

Se si tratti di una spesa utile o anche necessaria, ma che non sia così urgente da dovere esser fatta all'istante, il comodatario deve farne accorto il comodante e stabilire con lui il modo di far quella spesa. È di necessità che il comodatario prenda questa precauzione, onde ottenere dal comodante il rimborso dell'intera somma, che avrà potuto anticipare per l' eseguimento dei convenuti lavori. Che se egli trascurasse tale precauzione, non potrebbe ricorrere contro il comodante se non come un gestore d'affari (C. Nap., art. **1372** (**1326**)), e dovrebbe anche essere assimilato, per le costruzioni semplicemente utili fatte in un immobile, al possessore di buona fede (articolo **555** (**480**)).

Nel caso però che la spesa sia necessaria

(1) *Vedi* Pothier (n. 27). — Delvincourt (t. III, pagina 197 del testo, e 408, nota 7); Duranton (t. XVII, (n. 500); Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 430 e nota 1).

e così urgente da non poterne il comodatario prevenire il comodante, quegli ha diritto all' intero rimborso delle somme da lui anticipate.

123. L'obbligazione del comodante di rifare le somme anticipate è personale e non reale; quindi ne conseguita:

Che il comodante non può esserne disgravato, nè se la cosa si perde indi a che siano state fatte le spese, nè se egli voglia abbandonarla al comodatario (1);

Ch'egli è sempre obbligato, quand'anche il comodatario abbia fatto la restituzione della cosa prestata. Potrebbe quest' ultimo rifiutarsi a restituire, e pretendere di trattener l' oggetto, come pegno del suo credito, finattantochè non ne sia rimborsato? Questa è la quistione che noi esaminammo di sopra, e che risolvemmo negativamente, contro l' avviso del maggior numero degli scrittori (*sopra*, n. 103).

1891 (1763).—Quando la cosa comodata abbia difetti tali da recar pregiudizio a colui che se ne serve, il comodante è tenuto per il danno, se conoscendone i difetti, non ne abbia avvertito il comodatario.

SOMMARIO.

I.—124. Il comodante che procura al comodatario un servigio gratuito, non ha obbligo di garanzia. Ma vi ha due eccezioni alla regola.

II. 125. Prima eccezione.—*Il comodante deve guarentire il comodatario del danno emergente sia dal suo dolo, sia da un fatto suo personale.—126. Ma in nessun caso dev' essere garante dei danni arrecati da terzi.*

III. 127. Seconda eccezione. — *Vizi occulti della cosa, conosciuti e non dichiarati dal comodante.—128. Questi è obbligato, però a condizione: 1. Che abbia conosciuta l'esistenza di questi difetti;—129. 2. Che, conoscendoli, non ne abbia avvertito il comodatario;—130. 3. Che il comodatario non abbia potuto scorgerli da sè stesso, e riconoscerne l' esistenza alla vista della cosa prestata. — Applicazione della regola fatta dalla giurisprudenza.*

I.—124. Nella vendita e negli altri contratti a titolo oneroso che implicano la tradizione della cosa da una parte all' altra, chi consegna ha l'obbligo di garanzia, che consiste nell' indennizzare colui che riceve la cosa: 1° delle turbative arrecate dai terzi al suo godimento, in forza di dritti, veri o pretesi, che derivino da parte di lui; 2° del danno venutogli dai vizi occulti e non dichiarati della cosa (C. Napoleone, articolo 1625 (1471)).

Nei contratti a titolo gratuito, per l'incontro, non havvi obbligazione di garanzia, e le ragioni son facili a comprendersi. Da un canto, colui che vien gratificato nel contratto, farebbe male a lamentarsi che il servizio resogli, senza alcun corrispettivo da sua parte, fosse minore di quanto avealo sperato, e d'altro lato, si presume che colui che gratifica, non essendovi per nulla obbligato, abbia voluto semplicemente consegnar la cosa tale qual' ella sia, senza mallevare alcuna delle sue qualità.

Questa regola per altro non è stata mai messa in forse, tanto che i compilatori del Codice stimarono inutile formularla espressamente; essa però trovasi implicitamente contenuta in parecchie disposizioni delle nostre leggi. Notiamo specialmente quella del nostro articolo, il quale, obbligando il comodante alla garanzia in un caso speciale, per ciò stesso dimostra come, giusta il prin-

(1) Pothier (n. 83).—Delvincourt (t. III, p. 410, nota 1); Duranton (t. XVII, n. 548).

cipio generale, egli non ne sia tenuto. In tal caso puossi ben dire che le eccezioni confermano la regola. Ma è d'uopo vedere quali siano queste eccezioni.

II.—125. Havvene una dapprima di cui tace il nostro articolo, ma che risulta da una regola applicabile a tutti i contratti in genere, ai contratti a titolo gratuito non che a quelli a titolo oneroso, intendiamo parlare della regola per cui ciascuno è responsabile del suo dolo e del suo fatto personale. Laonde se il comodatario risenta un danno sia pel dolo, sia pel fatto personale del comodante, ha diritto alla garanzia.

Per esempio, Pietro, fatto le viste di rendere un servizio a Paolo, gli consegna, di mala fede e con lo scopo di nuocergli, la cosa altrui, ben conoscendo ch'essa non gli appartiene, e che Paolo comodatario debba tantosto contenderla col vero proprietario, e soffrire l'azione di rivendica che questi potrà esercitare (*sopra*, n. 44); un tal fatto costituisce il dolo che impegna la responsabilità di Pietro, comodante, e l'obbliga alla garanzia verso Paolo comodatario.

Un altro esempio: Pietro ha prestato a Paolo la cosa sua, e senza un valido e serio motivo, vuol ripigliarla pria del termine convenuto (*sopra*, nn. 109 e seg.): è questo un fatto personale che, nel caso ove Paolo ne soffra danno, obbligherebbe Pietro comodante a risarcirlo.

È questa la prima eccezione.

126. Aggiungiamo però, onde compiere su questo punto le nostre osservazioni, che, astrazion fatta del dolo e del fatto personale, il comodante non potrebbe in alcun caso essere obbligato a rispondere delle molestie arrecate dai terzi. In ciò il comodato differisce dal contratto di locazione, per la ragione semplicissima, che, la locazione procura al locante un vantaggio materiale in contraccambio del godimento da lui conceduto, mentre il comodato riesce giovevole al solo comodatario. È adunque di giustizia, che il comodante nulla ricevendo in compensamento dell'uso che cede, non sia obbligato al di là del proprio fatto personale. Spetta al comodatario, se venga molestato da terzi nell'uso della cosa, difendersi contro di loro se e come può (1).

III.—127. Veniamo adesso all'esame di una seconda eccezione, sanzionata dal nostro articolo, il quale determina un caso speciale, in cui il comodante è responsabile del danno arrecato dai difetti della cosa prestata. L'art. 1891 (1763) dice infatti, che quando la cosa prestata ha difetti tali da recar danno a chi se ne serve, il comodante è responsabile, se, conoscendone i difetti, non ne abbia avvertito il comodatario. La disposizione è abbastanza chiara ed assoluta.

128. Adunque, per esservi l'obbligo della garanzia, bisogna dapprima che il comodante, consegnando la cosa prestata, abbia conosciuto i difetti che poteano renderne l'uso dannevole. S'egli ha dunque ignorato l'esistenza di questi difetti, per grande che abbia potuto essere su di ciò la sua negligenza, e qualunque si fosse il danno derivatone al comodatario, non avrà obbligo di garanzia. In questo punto e sotto questo aspetto, il comodato differisce dalla vendita e dai contratti a titolo oneroso in generale, nei quali è di legge che chi consegna la cosa debba sempre rispondere dei vizi occulti, ancora che egli non li abbia conosciuto (C. Nap., art. 1643 (1489)).

129. Bisogna del pari, perchè vi sia luogo a garanzia, che il comodante, conoscendo i difetti della cosa prestata, abbia trascurato di avvisarne il comodatario; dappoichè è ben chiaro che se questi sia stato avvertito e nondimanco abbia persistito a valersi della cosa, lo farà a suo rischio e pericolo, e non avrà dritto alcuno ad essere indennizzato, qualunque sia il danno provatone.

130. Infine, anche quando il comodante nulla abbia detto al comodatario, può darsi

(1) *Vedi* Pothier (n. 79). — Duvergier (nn. 108 e 109); Duranton (t. XVII, n. 547); Troplong (numero 184).

che non sia impegnata la sua responsabilità.

Di fatti, se i vizi o i difetti della cosa sono apparenti e notori, in guisa che il comodatario possa scorgerli e riconoscerne l'esistenza sol che veda la cosa prestata, cessa ogni responsabilità del comodante, ancorchè non ne abbia avvertito il comodatario di un modo speciale: qualunque danno possa questo soffrire valendosi della cosa, dee sempre rimanere a suo carico, senza compensamento nè indennità, poichè non puossi imputare che a lui l'incuria e l'impreveggenza, senza le quali questo danno non sarebbe certamente avvenuto.

Questo punto di dritto è stato di recente controverso innanzi la Corte di Limoges. Trattavasi nella specie di un prestito consentito dalla città di Limoges di un edificio necessario ad un'esposizione. Avvenne che un furioso sbuffo di vento, nell'imperversar d'una bufera, staccò dallo edificio una lastra che era di cattiva costruzione e di insufficiente solidità, la quale cadendo avea danneggiato uno degli oggetti esposti. In tal condizione di cose, il proprietario a cui era stato gratuitamente conceduto lo spazio occupato per la esposizione delle cose sue, pensò spingere contro la città un'azione di garanzia. Ma la sua azione fu respinta in considerazione che, nel contratto di comodato fatto con ciascuno esponente, la città non avea assunto altre obbligazioni che quelle di chi presta ad uso; che quindi non potea essere responsabile dei danni agli esponenti cagionati se non in quanto fossero risultati o da fatto suo personale, o dai difetti della cosa comodata, se, conoscendoli, non ne avesse avvertito il comodatario; che nella specie nulla di simile potea imputarsi alla città; che anzi il comodatario avea a dolersi di sè stesso, perchè, con conoscenza di causa, accettò a titolo di comodato un edificio, i cui pretesi vizi di costruzione erano ad ogni modo così apparenti che non avrebbero dovuto sfuggire al suo esame (1).

Questa decisione è la fedelissima espressione del pensiero del nostro articolo; e noi non possiamo che approvarla.

CAPITOLO II.

DEL PRESTITO DI CONSUMAZIONE, O SEMPLICE PRESTITO. (*)

SOMMARIO.

131. Divisione.

131. Stabilite, nel primo capitolo di questo titolo, le regole speciali al *prestito ad uso*, la legge parla nel secondo *del prestito di consumo*, che è la seconda specie di prestito indicata dall' art. 1874 (1746) (*sopra*, n. 6). E poichè il legislatore ha fatto nei due capitoli la stessa divisione, noi, siccome facemmo trattando del comodato, verremo quì intertenendoci: 1° della natura del contratto; 2° delle obbligazioni del mutuante; 3° di quelle del mutuatario.

Tuttafiata, bisogna sin da ora notare, riserbandoci parlarne più estesamente (*infra*, n. 170), che i compilatori del Codice in questo dipartironsi dal metodo di Po-

(1) *Vedi* Limoges, 12 novembre 1859 (Dalloz, 60, 2, 51).

(*) Il corrispondente cap. II delle nostre leggi civili s'intitola così: DEL PRESTITO DI CONSUMAZIONE, O SIA MUTUO.

thier, il quale riguarda il prestito di consumazione come contratto essenzialmente unilaterale, e quindi nella divisione della materia accenna solamente agli obblighi del mutuatario; poichè, secondo lui, il mutuante non contrae verso quello nessun obbligo che nasca dalla natura di tal contratto (1).

SEZIONE PRIMA.

DELLA NATURA DEL PRESTITO DI CONSUMO.

SOMMARIO.

132. Osservazione preliminare.

132. Questa sezione componesi di sei articoli, dei quali solo i primi tre (articoli 1892, 1893, 1894 (1764, 1765, 1766)) rispondono esattamente al pensiero contenuto nel titolo. Gli ultimi tre (art. 1895, 1896 e 1897 (1767, 1768 e 1769)) non riguardano il carattere o la natura del prestito di consumazione, sì vero la cosa che il mutuatario deve restituire, le obbligazioni che induconsi dal contratto. Questi ultimi articoli starebbero meglio nella terza sezione, ove parlasi appunto degli obblighi del mutuatario. Per questa ragione noi ne riuniremo il commentario con quello degli articoli 1902 (1774) e seguenti, che compongono la terza sezione, includendo in questa prima quelle sole disposizioni le quali determinano la natura del prestito di consumazione, e ne costituiscono lo scopo diretto.

1892 (1764).—Il *mutuo* è un contratto col quale uno de' contraenti consegna all'altro una data quantità di cose, le quali coll'uso si consumano, coll'obbligo a quest'ultimo di restituirgli altrettanto della medesima specie e qualità.

1893 (1765).—In forza del mutuo il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata, la quale, venendo in qualunque modo a perire, perisce per di lui conto.

1894 (1766).—Non possono darsi a mutuo cose, le quali, benchè della medesima specie, sono diverse nell'individuo, come sono gli animali: in tal caso il contratto è un comodato.

SOMMARIO.

I. *133.* *Quadro generale e divisione.*
II. *134.* Condizioni necessarie alla perfezione del contratto.—*1° Del consenso.—Dee esser dato su tutto ciò che costituisce la sostanza del contratto.—135. Se una delle parti credesse ricevere a titolo di prestito di consumo una cosa che l'altra parte intendeva consegnarle con altro titolo, non vi sarebbe consenso, nè, quindi, convenzione.—136. 2° Della tradizione.—È necessaria in tutte e due specie di prestito; ma nel prestito di consumo non ha il medesimo carattere che nel comodato:*

(1) Pothier (*Del prestito di consumo*, nn. 20 e 51).

rimando.—137. Fino alla tradizione, la convenzione tra le parti costituisce semplicemente una promessa, obbligatoria sì, ma che non è il prestito: delle aperture di credito.—138. Il contratto si rende perfetto solamente per la tradizione, e da quell'ora la cosa passa a rischio del mutuatario.—139. Perchè vi sia tradizione non è però necessario che il mutuante consegni materialmente la cosa al mutuatario.—140. Tradizione finta, che si effettua colla consegna delle chiavi dell'edifizio, ove si contiene la cosa prestata.—141. Tradizione risultante dal consenso, nel caso in cui il mutuatario trovisi già in possesso della cosa prestata per altro titolo.—142. Del caso in cui il mutuante, invece di fare la tradizione direttamente, consegni al mutuatario un corpo per venderlo e serbarne il denaro a titolo di prestito.

III. 143. Caratteri del contratto.—*Il prestito di consumo è un contratto* reale*: rimando.—144. È unilaterale in quanto che non produce obbligazione se non se da parte del mutuatario: rimando.—145. Questa obbligazione ha un carattere speciale che fa distinguere il prestito di consumo dal comodato, dalla donazione, dalla vendita, dalla permuta.—146. Infine il contratto di sua* natura è *gratuito, ma non lo è* essenzialmente.—*Conseguenze.*

IV. 147. Delle cose che possono essere oggetto del prestito di consumo. *Per regola generale, tutto ciò che è in commercio può essere oggetto di questo contratto.—148. Però, siccome gl'immobili si considerano sempre come corpi certi, il mutuo in fatto ha per oggetto cose mobili.—149. Rettificazione di alcune parole inesatte, per le quali parrebbe essere escluse dalla regola le cose che non si consumano coll'uso, e quelle che, comunque della medesima specie, sono diverse nell'individuo, come gli animali.—Rimando.*

V. 150. Effetti del contratto.—*Il mutuatario, per effetto del prestito, divien proprietario della cosa prestata. La traslazione della proprietà è essenziale nel contratto.—151. Per conseguenza, la cosa prestata rimane a rischi del mutuatario, e perisce per di lui conto, anche nei casi fortuiti o di forza maggiore.—152. Il prestito fatto* a non domino *è nullo necessariamente? Distinzioni.—153. Continuazione: delle cose per cui non vale la massima « in fatto di mobili il possesso vale per titolo.»—154. Continuazione: delle cose cui si applica questa massima.—155. Continuazione.—156. Del caso in cui il mutuatario abbia consumato di buona fede le cose prestate* a non domino.—*157. Della ratificazione fatta dal proprietario.*

VI. 158. Della capacità necessaria per fare il contratto: *divisione.—159. 1° Capacità richiesta per dare in prestito.—Il mutuante deve avere la* capacità di alienare. *I minori non emancipati e gli interdetti sono incapaci a consentirlo;* quid *dei minori emancipati e, delle persone sottoposte a un consulente giudiziario?—160. Le donne maritate, ancorachè giudiziariamente separate, non hanno la capacità richiesta.—161. Con più buona ragione quelle separate per contratto.—162. Tutti gl'incapaci possono però consentire un prestito col concorso o per mezzo dei loro protettori legali, salvo l'adempimento delle formalità volute dalla legge.—163. 2° Capacità richiesta per togliere in prestito.—Il mutuatario dee avere* la piena capacità di obbligarsi. *Quindi non potranno prendere in prestito tutti gl'incapaci indistintamente.—164. Nondimeno è permesso che si tolga in prestito per essi e in loro nome, salvo lo adempimento di formalità speciali.—165. Applicazioni.—166. 3° Effetti del contratto di prestito fatto dagl' incapaci. Il contratto non è nullo, ma solamente può essere annullato.—167. Continuazione: del caso in cui l'incapace sia il mutuante.—168. Continuazione: del caso in cui l'incapace sia il mutuatario.*

I.—133. Abbiamo avuto occasione di notare il carattere speciale e la differenza fondamentale che diversifica il prestito ad uso, di cui abbiamo discorso, dal prestito di consumo, di cui tantosto ci occuperemo (*sopra*, n. 11): nel primo, il comodatario deve rendere la cosa stessa prestatagli, siccome chiaramente risulta dalla definizione

dell'art. 1873 (1747) (*sopra*, nn. 16 e seguenti); in questo dee restituirsi una cosa simile a quella prestata; ed anche qui la legge si esprime precisamente, dacchè l'articolo 1892 (1764) definisce il prestito di consumo « un contratto col quale uno dei contraenti consegna all'altro una data quantità di cose... coll'obbligo a quest' ultimo *di restituirgli altrettanto della medesima specie e qualità.* »

Per altre differenze ancora, in vero meno importanti, distinguonsi queste due specie di prestito, che nondimeno si ravvicinano per molti punti. Queste somiglianze e queste differenze, non che i rapporti del prestito di consumo con altri contratti, saran per noi determinati nel commentario dei nostri articoli, nei quali sono esposte le condizioni necessarie per la perfezione del mutuo, i suoi caratteri, i suoi effetti, le cose che ne possono esser l'oggetto, le persone tra cui può contrarsi. C'interterremo successivamente di questi punti diversi.

II.—134. Tra le condizioni necessarie onde sia perfetto il contratto, ve ne ha una che dev'essere notata innanzi a tutte, comunque i nostri articoli non ne faccian parola, cioè il consenso. Nel prestito di consumo, sì come in tutti gli altri contratti, è necessario il consenso delle parti contraenti; il quale consenso, secondo Pothier, dev'essere dato su tutto quanto costituisce la sostanza del contratto, e quindi sulla cosa prestata, sulla traslazione della proprietà della cosa stessa, e sull'obbligo di restituirne una simile (1).

135. Questa necessità emerge dai principî generali del diritto, nè ci saremmo certo occupati di ribadirla, se non fosse per le scissure sorte tra gli scrittori, i quali ne han tanto discusso, riferendosene al diritto romano, che secondo noi non è più a proposito nella nostra legislazione. In vari luoghi del Digesto trovasi preveduta l'ipotesi, strana in vero, che una persona consegni ad un'altra una data cosa, con intendimento di fare un deposito o una donazione, mentre colui a cui si consegna, voglia ed intenda riceverla a titolo di prestito (2). E quei testi decidono, che sebbene le parti, consentendo sulla cosa, non siansi poste d'accordo sulla traslazione della proprietà e sull'obbligo di restituzione, prevarrà sempre l'idea di prestito, il *mutuum*, almeno nel caso in cui chi ha ricevuto la cosa l'abbia consumata di buona fede.

Ma giova riflettere, che tali testi dispongono e statuiscono, avendo in mira principalmente l'azione che poteva spingersi da colui che avea consegnato la cosa; e tal quistione era importantissima secondo i principî del dritto romano, atteso il rigore ed il numero strettamente limitato delle azioni. Però non avviene altrettanto nel nostro diritto, che per buona ventura si è distrigato da questo rigorismo di forme; e noi, considerando la quistione per quella che è, e riguardando le cose dal loro aspetto semplice e naturale, affermiamo senz'esitazione, e contro l'avviso di Pothier seguito da molti scrittori (3), che la decisione delle leggi romane non può più oggi applicarsi, e che se, come nella specie, non vi ha consenso sulla natura del contratto, questo non può esistere. È questa un'applicazione della regola generale rammentata da Marcadè nel suo commentario dell'art. 1110 (1064) del Codice Napoleone, ove dice: « Se l'errore versa sull'indole del contratto, come ad esempio, se per non esserci bene intesi, voi avete creduto noleggiarmi il vostro cavallo, ed io comprarlo, non v'è allora contratto. Infatti non vi è stato tra noi accordo di idee, incontro di volontà, *consensus in idem placitum*; non vi è dunque convenzione » (4).

Se dunque avvenisse, cosa in vero impossibile, che si avvicinino due parti per fare un contratto, e l'una intenda conse-

(1) Pothier (n. 16).
(2) *Vedi* la legge 18, § 1, Dig. *De Reb. cred.*, e l. 36, *De Acq. rer. dom.*
(3) Pothier (nn. 16 e 17); Durantou (n. 569); Duvergier (nn. 139 e seg.); Troplong (nn. 193 e 194).
(4) Marcadè (t. II, p. 2ª, n. 406).

gnare a titolo di deposito o di donazione una cosa, mentre l'altra creda riceverla a titolo di prestito di consumo; non vi sarebbe nè prestito, nè deposito, nè donazione, in una parola non vi sarebbe convenzione. Vi sarebbe semplicemente uno stato di fatto, e il proprietario che ha consegnato la cosa sua dev' essere ammesso ad esercitar la rivendica, se la cosa esista ancora in natura nelle mani di chi l' ha ricevuta, o, se sia stata consumata di buona fede, un'azione fondata sul principio, che nessuno deve arricchirsi *senza causa* a spese altrui.

Non insisteremo più oltre sulla prima condizione necessaria alla perfezione del prestito di consumo, e veniamo alla seconda, chiaramente indicata dall'art. 1892 (1764) che dà la definizione del contratto.

136. La cosa prestata dev'essere consegnata al mutuatario : ciò è dell' essenza del contratto stesso. L'articolo 1892 (1764) si esprime chiaramente su di questo, nel dire che il prestito di consumo è un contratto col quale uno dei contraenti *consegna* all'altro una data quantità di cose. Per questo aspetto il prestito di consumo non diversifica punto dal comodato, dapoichè, come sopra dicemmo, la tradizione è necessariamente comune alle due specie di prestito (*sopra*, nn. 12 e seguenti). Essa nondimeno assume in questo contratto un carattere essenzialmente diverso, in quanto che produce la traslazione della proprietà : noi di ciò sopra parlammo (*loc. cit.*), e ne discorreremo più ampiamente quando ci occuperemo degli effetti della convenzione (*vedi* n. 150). Qui tratteremo solamente del fatto materiale della tradizione.

137. Abbiamo detto esser questa una condizione necessaria; di guisa che ogni convenzione di prestito avvenuta tra le parti sarà una semplice promessa finattanto che non sia fatta la tradizione. Questa convenzione, che, comunque non costituisca il prestito, è però obbligatoria, ha luogo soventi volte in fatto di prestito di consumo, sotto il nome di *credito* o di *apertura di credito* (1). Ed ecco come si opera. Un tale mettesi in via, a mo' d'esempio, per Londra, e non sapendo per quanto tempo dovrà trattenervisi, non vuole portar seco una gran quantità di moneta inglese, che forse non potrà spendere tutta in Inghilterra, e non avrebbe corso in altri paesi ove egli dee trasferirsi. Si rivolge quindi ad un banchiere di Parigi, pregandolo che voglia aprirgli un credito presso un banchiere di Londra, sino alla concorrenza di una data somma. Se il banchiere di Parigi spedisce la lettera di credito, e quel di Londra l' accetta, vi sarà una promessa di prestito, obbligatoria per quest' ultimo, che d'allora innanzi sarà tenuto di pagare, ove il latore della lettera ne lo richieda, *il totale della somma accettata*. Ma la *convenzione* non diventerà prestito se non *quando* il latore farà uso del credito e per quel tanto di cui ha fatto uso. La numerazione delle monete, il pagamento effettivo fatto nelle sue mani, vale a *dire la tradizione*, renderanno perfetto il contratto di *prestito*, e daran luogo alle obbligazioni che vi sono connesse.

138. Fino a quel tempo, il futuro mutuante è solo obbligato, e deve consegnare al mutuatario la cosa di cui serba provvisoriamente la proprietà, e che resta quindi a pericolo di lui. Tuttavia si è voluto oppugnare quest'ultima conseguenza, se non in tutti i casi, almeno in quello in cui il mutuante abbia promesso un corpo certo e determinato; per esempio, se abbia promesso la botte di vino conservata nella sua cantina, i dieci sacchi di frumento che trovansi nel suo granajo. Duvergier (2) afferma, che in tal caso la cosa rimane a rischi del mutuatario sin dal giorno stesso del *contratto*, giusta l' art. 1138 (1092) del Codice Napoleone che dispone « l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti. Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore e fa che

(1) *Vedi* il nostro Comment. *Dei Privilegi e delle Ipoteche* (nn. 711 e seg.).

(2) *Vedi* Duvergier (n. 146). — *Junge*: Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 385); Boileux (t. VI, p. 396).

la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe esser consegnata....» Ma questo articolo non può applicarsi ai contratti reali, avvegnachè in ciò appunto essi si distinguano dai contratti ordinari, pei quali la regola generale dell'articolo 1138 (1092) è stata sancita. Questo articolo concerne i contratti che si rendon perfetti col solo consentimento delle parti ; dove che il prestito non si rende perfetto se non per la tradizione della cosa , siccome confessa lo stesso Duvergier. Laonde la cosa rimane a rischio del mutuante fino all'ora della tradizione, tranne che siavi una clausola particolare, che le parti possono aggiungere sempre al contratto (1). La sola tradizione compie il trasferimento della proprietà, che è un effetto necessario del contratto (art. 1893 (1765), e *infra*, nn. 150 e seg.) , e fa che la cosa resti a rischio del mutuante, cui vien trasferita la proprietà.

139. Nondimeno, la tradizione necessaria alla perfezione del prestito può avvenire anche senza una consegna materiale. In questo caso può ben applicarsi la regola dello art. 1606 (1452) , secondo cui la tradizione delle cose mobili si compie,—o colla tradizione reale,—o col consegnar le chiavi degli edifici, ove si conservano,—o anche col solo consenso delle parti , se la traslazione non può eseguirsi nel tempo della vendita, o pure se il compratore le avea già in suo potere per altro titolo.

140. Così, da un lato, se io, dimorando in Parigi, vi presto cento sacchi di frumento che si conservano nel mio granajo di Pontoise, e nello stesso tempo vi consegno le chiavi di quel granajo da dove potrete ritrarli quando vi piaccia; il contratto si compie con questa finta tradizione, che lo rende perfetto sì come la tradizione reale.

141. Da un altro canto , se io deposito presso di voi cento botti di vino, e scorso alcun tempo, conveniamo che io ve le presti, col patto di restituirmene altrettante a un dato tempo; la sola convenzione e il consenso dato bastano perchè sia perfetto il contratto , e sotto questo aspetto valgono quanto la tradizione materiale che io non posso fare, dacchè la cosa prestata ritrovasi presso di voi. Per conseguenza, la cosa rimane a rischio del mutuatario , già depositario, appena si formi questa convenzione. In ciò appunto questo contratto si diversifica dal primo, quando cioè il deponente dia il permesso al depositario di servirsi della cosa depositata , ove ne abbia bisogno. Difatti, in quest'ultima ipotesi , il prestito ha luogo nel momento in cui il depositario , abbisognando della cosa , la toglie dal luogo ov' era deposta e se ne serve, e per conseguenza da quell' ora in poi i rischi debbono correre a suo carico (legge 9, § *fin.*, e legge 10, Dig., *De Reb. Cred.*) (2).

142. Ciò posto , veniamo ad altre ipotesi in cui il prestito di consumo compiesi senza che il mutuante faccia direttamente la tradizione. Per esempio, voi abbisognate di una somma di danaro che io non posso prestarvi, non avendola; ma vi do in vece un corpo certo perchè, vendutolo, ne serbiate il prezzo a titolo di prestito. In questo caso, quantunque il danaro non passi direttamente dalle mie mani nelle vostre, vi sarà l'equivalente di una tradizione, che ci lega reciprocamente in virtù della convenzione di prestito.

Ma in qual momento si considererà come fatto il prestito , e da qual tempo il mutuatario sarà tenuto pei rischi ? Questa sola quistione può sorgere in tale ipotesi. I Romani, quantunque riguardavano il prestito come un contratto reale, consideravano, in certo modo , la tradizione come compiuta per la consegna del corpo certo al mutuatario, e quindi, in certi casi almeno, poneano i rischi della cosa a carico di lui ; anche pria della vendita (l. 11, pr. e § 4, Dig., *De Reb cred.*). Nessun testo del nostro Codice ha stabilito tale eccezione, onde

(1) *Vedi* Duranton (n. 556); Troplong (n. 184). *Vedi* intanto Domat (lib. I, t. VI, sez. 1, n. 12).
(2) *Vedi* Pothier (n. 3). *Vedi* pure Duranton (numero 560); Duvergier (n. 187).

bisogna inferirne che i rischi del corpo certo rimangano, sino al punto della vendita, a carico del mutuante; dapoichè la sola trasformazione del corpo certo in danaro può compiere il prestito e far passare i rischi a carico del mutuatario. Il nostro Codice, nel caso di deposito, ha dettato una disposizione simile, che parimenti viene in opposizione coi principi del dritto romano (Cod. Nap., art. 1929 (1801)); nè vi ha ragione per non assimilare questo caso a quello in cui il corpo certo, anzichè in deposito, sia consegnato specialmente per esser venduto (1).

III.—143. Il prestito di consumo rientra nella classe dei contratti *reali* (2). Dopo le osservazioni fatte intorno alla tradizione e alla parte essenziale che essa ha nel contratto, non è mestieri insistere più oltre su questo primo carattere del contratto medesimo. Solo notiamo, o meglio rammentiamo, non doversi fare alcuna distinzione tra il caso in cui la convenzione di mutuo riguardi un corpo certo, e quello in cui riguardi un oggetto che non sia individualmente determinato, la qual distinzione noi per altro già rigettammo, confutando quegli scrittori che considerano il contratto come *reale* nel primo caso, e come *consensuale* nel secondo (*sopra*, n. 138).

144. Il prestito di consumo, tostochè conchiuso, rientra nella classe dei contratti *unilaterali*, che non producono obbligazione se non per una sola parte: il mutuatario è obbligato verso il mutuante; ma questi, dal canto suo, non contrae alcun obbligo verso il primo (3). Gli è vero che una sezione speciale di questo capitolo parla delle obbligazioni *del mutuante*; ma noi vedremo, nel commentario stesso di questa sezione, che ciò nulla ostante il contratto conserva sempre il suo carattere unilaterale (*infra*, n. 170).

145. Vediamo adesso quale sia l'obbligazione che vien posta a carico del mutuatario. Ciò forma pure oggetto di una sezione speciale del nostro capitolo, e noi, per non anticipare lo sviluppo ch' essa richiede, ci limiteremo qui solamente a far menzione dell' obbligo del mutuatario, in quanto quest'obbligo, per un suo carattere speciale, diversifica il prestito di consumo da alcuni altri contratti. Il mutuatario non è obbligato di restituire al mutuante la cosa stessa che ha ricevuta, ma un' altra cosa della medesima specie. È questa la differenza che corre tra il prestito di consumo e il *prestito ad uso* (n. 19); avvegnachè, se il mutuatario nulla dovesse rendere, il contratto sarebbe una *donazione*, se dovesse pagare una somma uguale al valore della cosa prestata, sarebbe una *vendita a termine*, se dare una cosa di specie diversa, sarebbe una *permuta a termine*.

146. Il prestito di consumo infine è un contratto *gratuito di sua natura*, nel che pure si distingue dal *prestito ad uso*, il quale, giusta l'art. 1876 (1748), è *essenzialmente* gratuito (*sopra*, n. 20). Per questo aspetto, le due specie di prestito non differivano punto nel nostro antico dritto francese, perocchè ritenevasi che l'uno e l'altro racchiudessero un beneficio da parte del prestatore, che accordava la facoltà di far uso della cosa prestata, senza ritrarre alcun'utilità dal contratto seguito nel solo interesse di chi ricevea (4). Oggi però vien permesso che il mutuante stipuli un premio annuale, in cambio del servizio che rende al mutuatario, e questo premio si addimanda *interesse*, onde il contratto così modificato assume il nome di *prestito ad interesse*. Sicchè non è più contrario all'essenza del prestito, se la cosa che si rende sia in maggior quantità di quella ricevuta; così, per esempio, se il mutuatario si obblighi di restituire 1,050 franchi invece di 1,000 che ne ha tolto in prestanza, ovvero 105

(1) *Vedi* Duvergier (n. 190); Troplong (nn. 269, 270). *Vedi* pure una decisione della Corte di cassazione dei 2 dicembre 1812 (S. V., 13, 1, 33), la quale dichiara valido un prestito detto di danaro, mentre invece erano stati consegnati valori negoziabili di portafoglio.

(2) *Vedi* Pothier (n. 20).

(3) Pothier (*loc. cit.*).

(4) Pothier (n. 19).

botti di vino in cambio delle 100 consegnategli; le parti non han fatto se non se confermare nelle sue conseguenze il principio, che il prestito di consumo è gratuito solo di sua natura, ma non essenzialmente. Se per converso, la cosa restituita fosse minore di quella ricevuta, per esempio, se il mutuatario avendo ricevuto 100 botti di vino, ne debba restituire 60, vi sarà prestito sino alla concorrenza delle 60 botti che il mutuatario si è obbligato di rendere, e le rimanenti botti 40 formeranno oggetto di una donazione (1).

IV.—147. Stabiliti in tal modo i caratteri del contratto di mutuo, vediamo quali cose ne possano formare l'oggetto. Per regola generale, tutto ciò che è in commercio può essere oggetto di tal contratto; e per questo rispetto noi non potremmo fare altre osservazioni se non quelle già esposte sul prestito ad uso, commentando l'art. 1878 (1750) (*sopra*, nn. 37 e seg.), alle quali quindi ci riferiamo.

148. Tuttavia, giovi notare che in pratica gli immobili si considerano sempre come corpi certi, avvegnachè difficilmente possano riguardarsi come cose fungibili; onde puossi ben dire che in fatto il prestito di consumo non ha per oggetto se non cose mobili.

149. Ma tutte le cose mobili che sono in commercio possono essere oggetto di tal contratto. A questo proposito osserviamo, o meglio notiamo nuovamente, alcune improprietà di linguaggio che ritrovansi nel testo dei nostri articoli. Pare che il Codice voglia eccettuare dalla classe delle cose che possono essere oggetto del prestito di consumo quelle *che non si consumano coll' uso* (art. 1892 (1764)) e quelle che, sebbene della medesima specie, sono diverse nell'individuo, come sono gli animali (articolo 1894 (1766)). Qui ancora si vede come i compilatori del Codice abbiano male identificato le cose fungibili e quelle di consumo; noi sappiamo che anche i corpi certi, specialmente gli animali, sebbene d'ordinario vengan dati in prestito ad uso, possono essere oggetto di un prestito di consumo, se dalle parti siano stati considerati come cose fungibili. Su di ciò manifestammo il nostro intendimento nel commentario dell'art. 1874 (1746), onde non fa più mestieri ripetere le già fatte osservazioni (vedi *sopra*, nn. 7 e seg.).

V.—150. Veniamo agli effetti del prestito di consumo. L'articolo 1893 (1765) dice che, « in forza di questo prestito, il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata, la quale, venendo in qualunque modo a perire, perisce per di lui conto. » Di guisa che la tradizione reale, di cui testè parlavamo (nn. 136 e seg.), da sè sola non basta, poichè nel prestito di consumo non vi ha tradizione efficiente se non quando trasferiscesi al mutuatario la proprietà della cosa prestata. Questa traslazione di proprietà, che forma l'essenza e il distintivo del *mutuum*, è stata segno di contestazioni nell'antica giurisprudenza. Saumaise tentò sostenere che il mutuante serbi il *dominium* della somma o quantità prestata, non già degli individui onde questa somma o quantità si compone, ma della somma o quantità considerata *indeterminate et abstrahendo a corporibus*, che dev' essergli resa dal mutuatario, a cui ne concede solamente l'uso. Pothier però, con un'energia e vivacità che in lui non sono ordinarie, levossi contro la teoria di « questo scrittore molto erudito e gran letterato, ma per nulla giureconsulto ». Saumaise, egli diceva, confondendo il *jus in re* ed il *jus ad rem*, ha rovesciato tutto il sistema della scienza; imperciocchè se, in qualunque ipotesi, il dritto del mutuante può esercitarsi contro la persona del mutuatario che si è obbligato di restituire la cosa, sarà per ciò stesso un dritto di credito personale, non mai il *dominium* della cosa prestata, che è un *jus in re*, un dritto che segue la cosa e non può sussistere se manchi la cosa che ne formi l'oggetto (2).

Checchenesia, oggi la discussione tor-

(1) Pothier (n. 14).

(2) Pothier (nn. 8 a 12).

nerebbe inopportuna, dapoichè l'art. 1893 (1765), consacrando la dottrina sostenuta da Pothier, tolta dalle leggi romane, dichiara espressamente che in forza del mutuo il mutuatario *diviene padrone* della cosa mutuata.

151. Lo stesso articolo, deducendo quindi una conseguenza di questo principio, dispone che, venendo la cosa in qualunque modo a perire, perisce per conto del mutuatario. Ed in vero, se non fosse avvenuto il trasferimento di proprietà, il mutuatario non avrebbe potuto esser gravato di tutti quei rischi che sono a carico del proprietario. Così, quand'anche la perdita della cosa avvenga per caso fortuito o per forza maggiore, egli non sarebbe liberato verso il mutuante. Noi già notammo questa differenza accessoria, importantissima praticamente, che distingue il prestito ad uso da quello di consumo; e la Corte di cassazione l'ha consacrato in una decisione nella quale ha stabilito, che i fondi rimessi al mandatario del mutuatario, anche colla condizione di non potersene discaricare se non dopo alcune giustificazioni, restano nompertanto a rischio del mutuatario, tanto che, se il mandatario fosse dichiarato decotto pria di avere adempito la condizione e di aver rimesso i fondi nelle mani del mutuatario, questi ne soffrirà sempre la perdita, e non avrà dritto di rivolgersi contro il prestatore (1).

152. Ma si dovrà anche inferire da tal principio, che il prestito della cosa altrui sia impossibile e debba per necessità essere annullato? Pothier sostiene come regola generale, che, per esser valido il prestito di consumo, bisogna che il mutuante sia proprietario della cosa prestata, o, se nol sia, che faccia il prestito col consenso del proprietario; perciocchè in caso diverso non potrebbe trasferirne la proprietà (2). Ciò invero sembra esser proprio della essenza del contratto. Ed infatti, nel prestito di consumo, il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata, perchè acquista il diritto di servirsene, vale a dire di disporne a suo piacimento, anche consumandola. Or come potrebbe il mutuatario, che riceve la cosa *a non domino*, acquistare la proprietà, ed il dritto di disporne e consumarla, se il mutuante, da chi l'ha ricevuta, non avea nè questa proprietà, nè questo diritto?....Nondimeno fa d'uopo che ciò si metta in armonia con la regola, « che in fatto di mobili il possesso vale per titolo » la quale alle volte, ma non sempre, verrebbe in urto con questa dottrina.

153. Così, sonvi delle cose per le quali non vale la massima « in fatto di mobili il possesso vale per titolo ». Senza parlare dei mobili incorporali, a cui d'ordinario non può applicarsi quella massima, e che per altro difficilmente possono formare oggetto del prestito di consumo, supponiamo un prestito di mobili perduti o rubati. Questi mobili possono essere rivendicati dal proprietario nel corso di tre anni (art. 2279 (2185)); se quindi la rivendica sia fatta, il prestito, conforme alla dottrina di Pothier, sarà annullato come fatto *a non domino*, e si risolverà in danni ed interessi, che il mutuatario, se sia stato di buona fede, potrà reclamare contro il mutuante.

154. Procediamo più innanzi: suppongasi che le cose prestate siano di quelle a cui si applichi la massima « in fatto di mobili il possesso vale per titolo, » e che non siano nè perdute, nè rubate; in questo caso il prestito della cosa altrui non sarà nemmeno necessariamente valido. Di fatti, la prescrizione istantanea per la quale il mutuatario potrebbe opporsi alla rivendicazione, non è se non un mezzo meramente *facultativo*. Se la coscienza non gli consenta di ricorrervi, egli potrà non contrastare la dimanda di rivendica fatta dal proprietario, e, in questo caso ancora, il prestito sarà annullato, e il mutuante dovrà

(1) Ric., 7 marzo 1842 (S. V., 42, 1, 207; J. P., 1842, t. 1, p. 430; Dalloz, 42, 1, 138). *Vedi* pure Duvergier (nn. 188 e 190); Troplong (nn. 266 e seg.); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 387); Massè e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 464, nota 4).

(2) Pothier (n. 4).

pagare al mutuatario di buona fede i danni ed interessi.

155. Se però in quest'ultima ipotesi, il mutuatario stimi opportuno valersi del mezzo che la legge gli appresta, se gli torni utile opporre al proprietario che reclama la cosa sua la massima « in fatto di mobili il possesso vale per titolo », nessun ostacolo potrà certamente impedirnelo, ed in tal caso vi sarà un prestito colle sue condizioni essenziali e costitutive, perciocchè il mutuatario, per effetto della prescrizione istantanea, ha acquistato la proprietà che il mutuante stesso non avea, e con essa il dritto di disporre della cosa a suo piacimento, anche consumandola. La dottrina generale di Pothier dev'essere ammessa ed applicata con questa riserba.

156. Nè ciò solo: havvi un altro caso, preveduto dallo stesso Pothier, nel quale il prestito, comunque fatto *a non domino*, sarà pienamente valido e produrrà tutti i suoi effetti. Ciò avviene quando il mutuatario abbia consumato di buona fede la cosa prestata da chi non ne era proprietario (Codice Nap., art. 1238 (1191)). La ragione di ciò, come dice Pothier, è manifesta; dapoichè nel prestito di consumo la traslazione della proprietà è necessaria appunto, onde il mutuatario possa servirsi delle cose e consumarle; il che non potrebbe ci fare se non ne avesse la proprietà. Ma quando col fatto ha consumato le cose, anche senz'averne il diritto, poco importa se la proprietà gli sia stata o no trasferita. Per effetto del fattone consumo, il prestito gli ha procurato lo stesso servizio che potea ricavarne se la proprietà delle cose mutuate gli fosse stata effettivamente trasferita; e per conseguenza dovrà produrre tutti gli effetti propri del contratto (1).—In questa ipotesi per altro, poco importa se le cose prestate siano o pur no perdute o rubate; dacchè la medesima soluzione deve nell'uno e nell'altro caso applicarsi.

157. Aggiungiamo infine, che il prestito, in qualunque ipotesi, e quantunque fatto *a non domino*, sarà sempre valido e inoppugnabile, se il proprietario della cosa prestata abbia ratificato il contratto (2).

VI.—158. Per dar compimento al commentario dei nostri articoli, non ci resta che indicare tra quali persone possa consentirsi il prestito di consumo, o, in altri termini, qual sia la capacità necessaria per formare il contratto. Verremo poco a poco, sì come facemmo pel comodato (nn. 54 e seguenti), esaminando la capacità richiesta per dare e per tôrre in prestito, e quindi gli effetti di questi contratti quando un incapace gli abbia stipulati.

159. *Capacità richiesta per dare in prestito.*—Il prestito di consumo, implicando necessariamente trasferimento di proprietà, non è, come il comodato, un semplice atto d'amministrazione, ma un atto di disposizione: il mutuante adunque deve avere la facoltà di disporre dei propri beni, o, in altri termini, *la capacità di alienare*.

Quindi sono incapaci di consentire validamente un prestito, non solo i minori non emancipati, gl'interdetti o i dementi, le mogli che non hanno l'amministrazione dei loro beni, ma sì ancora i minori emancipati, se non siano autorizzati dal loro curatore (art. 482 (405)), le persone soggette ad un consulente giudiziario, se non abbiano l'assistenza del loro consulente (articoli 493* e 513 (422 e 436)).

160. Le mogli che hanno l'amministrazione dei beni, possono disporre dei mobili ed alienarli, almeno quando siano separate di beni *giudiziariamente* (art. 1449 (1413)). Parrebbe derivarne per conseguenza, che le mogli separate giudiziariamente siano capaci di consentire un prestito di consumo; ed infatti questa opinione è seguita dagli scrittori, che del resto non si curano punto di giustificarla (3). Tuttavia la logica c' induce all' opinione contraria,

(1) *Vedi* Pothier (nn. 5 e 6); Delvincourt (t. III, p. 410, nota 1); Duranton (n. 565); Troplong (numero 187); Mourlon (*loc. cit.*, p. 390).

(2) *Vedi* Duranton (n. 558).

(3) *Vedi* Duvergier (n. 161); Troplong (n. 205); Boileux (t. VI, p. 400).

cioè che la moglie, quantunque separata giudiziariamente, non abbia la capacità di fare un tale atto, mentre, secondo una giurisprudenza oramai costante, ammessa unanimemente dagli scrittori, la moglie non può alienare i suoi mobili se non come conseguenza del dritto di amministrare i suoi beni, di guisa che ella non potrebbe alienare le cose mobili se non pei bisogni della sua amministrazione (1). Essa non ha dunque la piena capacità di alienare, necessaria per consentire validamente un prestito di consumo, cioè un atto di disposizione.

161. Con più buona ragione è incapace la moglie separata di beni *in forza di contratto*, e la moglie maritata sotto la regola dotale per quanto riguarda i suoi beni parafernali. A nostro avviso, non potrebbe per esse nemmeno invocarsi l'argomento, per altro insufficiente come vedemmo, che l'art. 1449 (1413) appresta per le mogli separate giudiziariamente. Nel nostro *Trattato del contratto di matrimonio*, sostenemmo, insieme con Rodière, e contro l'opinione della maggior parte degli scrittori (2), che la disposizione di questo articolo, riguardante la moglie separata giudiziariamente, sia di persona, sia di beni, non dev'essere estesa per analogia, e che la moglie separata per contratto non può alienare neanco i suoi mobili senza l'autorizzazione del marito, sì come la moglie sotto la regola dotale non può nemmeno, senza tale autorizzazione, alienare i suoi beni parafernali. Quest'opinione, che noi quasi pei primi annunziammo (3), fu seguita dappoi da alcuni scrittori, e da Troplong specialmente (4); ed ora sempre più la confermiamo, e per una deduzione logica e necessaria conchiudiamo, che la moglie separata in forza del contratto di matrimonio non ha la capacità richiesta per consentire un prestito di consumo.

162. Però dal dire che le mogli, separate o pur no, i minori e gl'interdetti non abbiano la capacità di fare da sè stessi un tal prestito, non si inferisce in alcun modo che questo contratto debba loro interdirsi assolutamente. Spesse volte il mutuo, almeno or che le nostre leggi permettono di stipularlo con interessi, torna a vantaggio del mutuante; perchè appresta un mezzo facile d'impiegare e render produttivo il proprio danaro. Di guisa che la legge, vietando agli incapaci di prestare da loro stessi direttamente, ha disposto in modo che possano consentirlo col concorso o per mezzo dei loro protettori legali.

Così, se la donna maritata abbia mobili propri da potersi impiegare in un mutuo, può darli in prestito col consentimento del marito.

Così ancora, il tutore può, anzi deve, sotto pena della sua personale responsabilità, impiegare i capitali dei minori e degl'interdetti, dei quali amministra i beni, vale a dire dee prestarli ad interesse (articoli 445 e 446 (368 e 369)). Aggiungiamo del resto che il tutore, cui non è permesso alcun atto di liberalità, non può consentire validamente un prestito di consumo propriamente detto, in altri termini un prestito senza interesse.

163. *Capacità richiesta per prendere*

(1) Questa opinione è stata da noi sostenuta nel *Trattato del contratto di matrimonio* pubblicato insieme con Rodière (t. II, n. 882). *Vedi*, in questo senso, Battur (t. II, nn. 514 e 652); Bellot (t. III, p. 374 e seg.); Duranton (t. II, n. 492); Chardon (*Potestà maritale*, n. 157); Valette, sopra Proudhon (t. I, n. 463); Massol (*Separaz. personale*, p. 230, n. 20); Odier (t. I, n. 405); Demolombe (t. IV, n. 163); Marcadè (art. 1449) (1413), n. 3); Troplong (t. II, nn. 1410 a 1419). *Vedi* inoltre Ric., 12 febb. 1828, 18 marzo 1829, 7 dicembre 1829; Cass., 5 maggio 1829, 7 dicembre 1830, 3 gennaro 1831, 21 agosto 1839 (S. V., 28, 1, 336; 29, 1, 181; 31, 1, 22; 39, 1, 663).—*Vedi* intanto Taulier (t. V, p. 138); Zachariae (§ 516 e nota 57).

(2) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 53, e p. 98, nota 1); Toullier (t. XIII, n. 106); Bellot (t. IV, p. 300); Duranton (t. XV, n. 313); Valette, sopra Proudhon (t. I, p. 463); Seriziat (n. 339); Toullier (t. V, p. 384); Aubry e Rau, sopra Zachariae (t. IV, p. 534, nota 9); Marcadè (art. 1449 (1413), n. 4).

(3) *Vedi* il nostro *Trattato del contratto di matrimonio*, t. II, nn. 709, 710 e 788. Il solo Benoît l'aveva prima sostenuta (n. 21).

(4) *Vedi* Troplong (t. IV, nn. 3691 e 3692). — *Junge*: Odier (t. III, n. 1449).

in prestito.—Chi toglie in prestito contrae l'obbligo della restituzione, e poichè prende in prestanza per disporre immediatamente della cosa prestata, alienandola o distruggendola, deve necessariamente restituire la cosa prelevandola dal suo patrimonio. Infatti, l'atto di togliere in prestito è stato in tutti i tempi considerato come uno dei più gravi e più pericolosi per chi vi ricorre; specialmente quando siansi stipulati interessi coi quali il capitale si aumenta di anno in anno. Segue da ciò che l'atto di prendere in prestito non può esser permesso se non a chi ha *la piena capacità di obbligarsi.*

Il nostro diritto, concedendo ad alcune persone la capacità limitata di amministrare i proprî beni senza poterne disporre, accorda loro, come per conseguenza, il diritto di obbligarsi entro i limiti dell'amministrazione permessa. Ma per ricevere in prestito validamente, non basta questa facoltà limitata di obbligarsi, ma è necessaria, giovi ripeterlo, la piena capacità di obbligarsi, che corrisponde alla facoltà di disporre dei proprî beni. Possiamo dunque affermare, che l'atto di togliere in prestito è vietato a tutti gl'incapaci indistintamente.

164. Nondimeno, al pari di tanti altri atti capaci di tornare in danno, il prestito, quando sia stipulato a proposito, può riuscire di grandissima utilità. Se fatto da un amministratore inabile ed inesperto, può condurlo a rovina, fatto da un uomo operoso ed intelligente può essergli cagione di ricchezza e d'indipendenza, avvegnachè il credito sia un mezzo potentissimo per estendere i negozî, ritraendone maggiori guadagni. Che anzi, in alcuni casi il mutuo può essere non solo utile, ma necessario, sia per estinguere debiti gravi ed esigibili, sia per fare urgenti riparazioni. Ed appunto per questo la legge, mentre da un lato vieta agl'incapaci l'atto di prendere in prestito, dall'altro, sì come fece per l'atto di dare in prestito (*sopra*, n. 162), ha stabilito potersi prendere in prestanza nel loro interesse, adempiendo talune formalità che essa ha stabilite per loro guarantigia.

165. Così, il tutore può prender danaro in prestito pel minore per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio (articolo 457 (380)), previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale (art. 458 (381)). Il consiglio non accorderà la sua autorizzazione se non dopo che da un conto sommario presentato dal tutore sarà stata comprovata l'insufficienza dei danari, mobili e rendite del minore.

Queste disposizioni si applicano anche ai minori emancipati (art. 483 (406)) ed agli interdetti (art. 509 (432)).

La donna maritata può tòrre in prestito con l'autorizzazione del marito o della giustizia (art. 217 e 218 (206 e 207)); le persone soggette a un consulente giudiziario con l'assistenza del consulente (articoli 499 e 513 (422 e 436)).

Infine, i comuni possono prendere in prestito; quelli che hanno una rendita di 100,000 fr. o più, in virtù di una legge; quelli che hanno una rendita minore, in virtù di un decreto imperiale (L. del 15 Maggio 1818, art. 43). * Che anzi il decreto di discentramento del 25 marzo 1852 (tabella A, § 37), avea stabilito che, ove il termine della restituzione non sorpassava i dieci anni ed il pagamento dovea farsi con entrate ordinarie, o quando l'approvazione delle entrate straordinarie era di competenza dei prefetti, il comune potea prendere in prestito in virtù di un'autorizzazione del prefetto. Ma questa disposizione è stata rivocata dalla legge del 10 marzo 1853; di guisachè oggi è sempre necessario un decreto imperiale.

166. *Effetti del contratto di prestito fatto dagl' incapaci.* Nel diritto romano questi atti erano radicalmente nulli (Inst., *Quib. alien. licet*, § 2, 2, 8); ma la nostra legislazione francese, modificando questa regola, ha disposto che il contratto di prestito fatto da un incapace non è nullo,

* La nostra legge comunale e provinciale del 23 ottobre 1859 sottopone all' approvazione della deputazione provinciale le deliberazioni comunali concernenti la contrattazione di prestiti (art. 133).

ma semplicemente annullabile (art. 1125 (1079)) (1).

167. Quando un incapace abbia consentito un prestito, potrà ritenere il contratto per valido, se gli torna profittevole, per nullo nel caso contrario: se sceglie quest'ultimo partito, ei potrà spingere contro il mutuatario, supposto che la cosa prestata si trovi ancora presso di lui, una azione di rivendica, costringendolo a restituirgliela immediatamente; e se la cosa sia stata alienata o consumata, potrà l'incapace chiederne il valore al mutuatario, in forza della massima del nostro diritto, che nessuno dee arricchirsi ingiustamente a danno altrui (2).

Gli scrittori hanno esaminato tali quistioni, specialmente nella ipotesi di un prestito consentito da un minore. Alcuni son di parere che il contratto sia valido se il mutuatario, credendo di aver da fare con un maggiore, abbia consumato di buona fede gli oggetti tolti in prestito (3). Però questa opinione, che si fonda unicamente sui testi del diritto romano (l. 19, § 1, Dig. *de Reb. cred.*; Inst., § 2, *Quib. alien. lic.*), ove si collegava col sistema delle azioni limitate che il minore poteva far valere, non può più sostenersi colle nostre leggi. Gli è vero che l'art. 1238 (1191) dichiara valido il pagamento fatto da un incapace, se il creditore abbia consumato di buona fede la somma pagata. Ma qui non vi ha nè credito, nè pagamento propriamente detto, essendo nullo il contratto perchè fatto con un minore. Avverrebbe altrimenti se si trattasse di un prestito consentito da un maggiore; e noi appunto in considerazione della validità di questo prestito, abbiamo applicato al mutuatario l'art. 1238 (1191) nel caso in cui riceva e consumi di buona fede la cosa altrui (*vedi* n° 156).

168. Se l'incapace ha preso in prestito, potrà del pari scegliere tra la validità o la nullità del contratto, secondo che gli tornerà più vantaggioso di appigliarsi all'uno o all'altro partito. Se invoca la validità del prestito, potrà disporre, sino al giorno stabilito per la restituzione, della cosa prestata, giusta le condizioni stabilite nel contratto. Se, per l'incontro, volesse opporre la nullità, non avrebbe più l'obbligo della restituzione, nè il mutuante potrebbe ricorrere contro di lui, se non se nei tre casi seguenti:

1°. Se la cosa prestata trovisi ancora nelle mani del mutuatario incapace, nel qual caso il mutuante potrà procedere per la rivendica;

2°. Se il mutuatario siasi spossessato della cosa con dolo, nel qual caso il mutuante avrà un'azione per danni ed interessi, dacchè gl' incapaci rispondono del proprio dolo;

3°. Se il mutuatario abbia ritratto dalla cosa qualche profitto, nel qual caso il mutuante potrà procedere *contro di lui* sino alla concorrenza di questo profitto, in forza della massima, che nessuno deve arricchirsi ingiustamente a danno altrui.

Ben si comprende come questi rimedi sian molto precari, e l'improvvido mutuante si troverà spesso nel caso di perdere senza compensazione la cosa consegnata al mutuatario incapace. Però, secondo noi, dovrebbe almeno accordarsi il dritto al contraente capace, come dicemmo parlando del comodato (*sopra*, n. 60), di intimare l'incapace a prender partito, a decidersi per la nullità o per la validità del contratto, onde il mutuante, conoscendo la sua intenzione, possa regolarsi sul da fare.

1895 (1767).—L'obbligazione risultante da un prestito in danari, è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto.

Accadendo aumento, o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del

(1) *Vedi* Toullier (t. VII, n. 6); Duvergier (nn. 152 a 155); Duranton (n. 568); Troplong (n. 202); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 389).

(2) *Vedi* Duranton (n. 566); Troplong (n. 187).

(3) *Vedi* specialmente Pothier (nn. 7 e 21) e Duranton (n. 567).—*Vedi* però Duvergier (n. 155); Troplong (n. 203).

pagamento, il debitore dee restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituirla se non in monete che abbiano corso nel tempo del pagamento.

1896 (1768).—La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo, se si sia prestato metallo in verghe.

1897 (1769).—Se si sieno prestate verghe metalliche o derrate, qualunque sia l'aumento o la diminuzione nel loro prezzo, il debitore dee in ogni caso restituire la stessa qualità e quantità, e nulla più.

169. Questi tre articoli riferisconsi, siccome sopra osservammo (n° 132), all'adempimento dell'obbligo di restituzione che nasce dal prestito di consumo. Per questo riguardo possono considerarsi come un complemento degli articoli 1902 (1774) e seguenti, ove parlasi delle obbligazioni del mutuatario. Ne daremo dunque il commentario insieme con questi ultimi articoli (vedi *infra*, nn. 195 a 214).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL MUTUANTE.

SOMMARIO.

170. Il prestito di consumo produce obbligazioni da parte del solo mutuatario; a torto dunque i compilatori del Codice impiegano una sezione speciale per le così dette obbligazioni del mutuante.—*Passaggio.*

170. Il prestito di consumo non è, come il comodato (vedi sopra, n. 28), un contratto sinallagmatico imperfetto; ma un contratto semplicemente unilaterale, che non produce obbligazioni se non da parte del solo mutuatario. Fa dunque meraviglia il vedere come i compilatori del Codice consacrino una sezione speciale a quelle che essi chiamano le *obbligazioni del mutuante*. Ma da un altro lato, se vi si guardi più attentamente, osservasi che alla fin fine le disposizioni racchiuse in questa sezione non rispondono per nulla all' idea del titolo o della rubrica; imperciocchè l'una non riguarda le obbligazioni che *nascono* dal contratto, ma i doveri che il mutuante dee soddisfare pria del contratto stesso (articolo 1898 (1770)); l'altra non parla di una obbligazione propriamente detta, di una obbligazione positiva, ma di quella meramente negativa per cui il mutuante non può ridomandare la cosa sua pria del termine convenuto (art. 1899 a 1901 (1771 a 1773)).

Del resto, non si creda che i compilatori del Codice abbiano introdotto per inavvertenza in questo capitolo una sezione speciale *sulle obbligazioni del mutuante*, nè tampoco in grazia della simmetria e per seguire nel *mutuum* le stesse divisioni del comodato. Questa sezione fu conservata, dopo discussioni, per le osservazioni di Tronchet e del console Cambacérès, contrarie al parere di Regnault de Saint-Jean d'Angely, che, forte dell'opinione di Pothier, chiedeva venisse cancellata (1). È sempre vero però che il mutuante non contragga verso il mutuatario alcun obbligo che nasca dalla natura del contratto di prestito

(1) *Vedi* Locré (t. XV, p. 20); Fenet (t. XIV, p. 432).

di consumo. Ciò risulta chiaramente dai principi del dritto romano; e quando Troplong, che del resto sostiene il nostro parere sul carattere unilaterale del contratto (1), pruovasi di giustificare il linguaggio dei compilatori del Codice, corroborandolo coi testi di Gajo e di Giustiniano (*Comm.* II, § 80 e 82; Inst., § 2, *Quib. alien. licet*), che giusta le sue parole « usano appositamente queste espressioni: *contrahit obligationem*, per designare la condizione del mutuante » (2), non si pone a riflettere che « *contrahere obligationem* non significa *contrattare un'obbligazione*, com'egli suppone, ma *diventar creditore*, *acquistare un'azione personale (la condictio ex mutuo)*, e che la parola « *obligatio* » debbe intendersi nel senso attivo. Per accertarci poi che i Romani riguardavano il *mutuum* come un contratto unilaterale, giovi riflettere che la sola azione derivante dal contratto era la *condictio ex mutuo*, e che il mutuatario dal suo canto non ne avea veruna contro il mutuante.

Con più ragione oppugniamo la dottrina di Duvergier, che difendendo più assolutamente l'economia della legge, sforzasi di pruovare che l' obbligazione del mutuante di lasciare al mutuatario il godimento della cosa, sia ben positiva e non semplicemente negativa, in quanto nasce per occasion del contratto (3). Di fatto, secondo questo ragionamento, tutti i contratti dovrebbero essere sinallagmatici, poichè, per unilaterali che sieno, producono sempre per ognuno dei contraenti l'obbligo di rispettare le convenzioni pattuite.

Per altro, questa discussione è di poco o nessuno interesse pratico, e sarebbe un fuor d'opera volervi insistere più oltre; sicchè passiamo al commentario degli articoli della sezione.

1898 (1770). — Nel mutuo, il mutuante è obbligato alla stessa risponsabilità stabilita collo articolo 1891 (1763) pel comodato.

SOMMARIO.

I. 171. L'articolo obbliga il mutuante a compiere la tradizione, per cui solamente si rende perfetto il contratto.—172. Inoltre applica al prestito di consumo le regole di garenzia stabilite pel comodato.—173. Tuttavia, queste regole possono essere applicate tali quali sono, nel solo caso in cui il prestito di consumo sia interamente gratuito. Se fosse a titolo oneroso, il mutuante sarebbe obbligato come chiunque faccia la consegna in un contratto a titolo oneroso che implichi la tradizione.

I.—**171.** Quest'articolo obbliga il mutuante a compiere di buona fede la tradizione, per cui solo si rende perfetto il contratto. Questo è adunque, sì come osservammo pur dianzi, un obbligo anteriore alla tradizione, vale a dire al contratto. Se la tradizione non avvenisse nelle regole, il mutuatario potrebbe chiedere i danni ed interessi contro il mutuante.

172. Inoltre, tanto nel prestito di consumo, quanto nel comodato, il mutuante non deve trarre in inganno il mutuatario, nè occultargli, sotto la sua responsabilità, i difetti della cosa prestata. Ciò intende esprimere il nostro articolo, dichiarando che debba applicarsi al prestito di consumo l'art. 1891 (1763), scritto pel comodato, secondo il quale « quando la cosa como-

(1) *Vedi* Troplong (n. 257).
(2) *Vedi* Troplong (nn. 245 e 255).
(3) *Vedi* Duvergier (nn. 191 a 197). *Junge*: Boileux (t. VI, p. 403, nota 2); Berriat Saint-Prix (numero 7525).

data abbia difetti tali da recar pregiudizio a colui che se ne serve, il comodante è tenuto per lo danno, se conoscendone i difetti, non ne abbia avvertito il comodatario. » Questo articolo è stato già da noi spiegato (*sopra*, nn. 124 e seg.).

173. Nondimeno è da pôr mente a una cosa: nel prestito di consumo il mutuante è tenuto per la garenzia stabilita dall'articolo 1891 (1763) nel solo caso in cui il prestito sia meramente gratuito. Di fatto, in questo caso, la condizione di chi ha consentito un prestito di consumo è perfettamente simile a quella di chi ha fatto un comodato; l'uno e l'altro procurano un servizio al mutuatario, senza che questi ne renda loro alcun compenso; nè havvi motivo alcuno per cui l'uno sia obbligato di garenzia più rigorosamente che l'altro. In questo caso adunque verranno applicate, sì per la responsabilità del dolo e del fatto personale, che per quella dei vizî conosciuti e non dichiarati, le regole da noi esposte nel commentario dell'art. 1891 (1763).

Ma avverrebbe ben altramente, quando il prestito non sia meramente gratuito, ma siasi stipulato un interesse in cambio del servizio reso. Il mutuante allora sarà tenuto per la garenzia, come chiunque faccia la consegna in qualsivoglia contratto a titolo oneroso che implichi la tradizione.

Così, 1° se il mutuatario soggiaccia ad una evizione, il prestito sarà nullo, perchè non vi ha traslazione della cosa prestata (*sopra*, nn. 152 e seguenti); anzi in tal caso il mutuante sarà tenuto pei danni ed interessi, dove che, se il prestito fosse gratuito, il mutuatario non potrebbe obbligarvelo (*vedi* n. 126).

2° Se la cosa abbia dei vizî non dichiarati al mutuatario, il mutuante sarà tenuto di garenzia, ancorachè non ne abbia avuto notizia, laddove nel prestito gratuito non potrà essere obbligato se non nel caso che ne abbia conoscenza (*vedi* n. 128).

1899 (1771).—Il mutuante non può ridomandare le cose prestate prima del termine convenuto.

1900 (1772).—Se non si è fissato un termine alla restituzione, il giudice può accordare al mutuatario una dilazione, secondo le circostanze.

1901 (1773).—Se si è convenuto soltanto che il mutuatario paghi *quando potrà, o quando ne avrà i mezzi*, il giudice gli prescriverà un termine pel pagamento, a norma delle circostanze.

SOMMARIO.

I. 174. Il mutuante deve astenersi dal domandare la cosa prestata, finattantochè non sia nata nel mutuatario l'obbligazione di restituirla. La legge regola i due casi che possono avvenire.

II. 175. 1° Se il termine sia stabilito dalla convenzione, il mutuante non può chiedere la restituzione pria della scadenza del termine, ancoraquando provasse durante quel tempo il bisogno più urgente delle cose prestate. —176. Nondimeno, può il mutuatario perdere il beneficio del termine nei casi previsti dell'art. 1188 (1141).— 177. All'incontro, può ottenere una prorogazione di termine, giusta l'articolo 1244 (1197), salvo al giudice la facoltà di obbligare il mutuatario a pagar gl' interessi durante il termine di grazia, ancorchè non se ne fosse fatta stipulazione nel contratto. —178. Il mutuatario può ricusare il beneficio del termine, purchè il mutuante non pruovi che il termine fu stipulato in suo favore (art. 1187 (1140)).

III. 179. 2° Se il contratto di mutuo taccia o indichi oscuramente il tempo della restituzione, può allora il giudice accordare al mutuatario una proroga, a seconda delle circostanze (art. 1900 (1772)).— 180. Avviene lo stesso se siasi convenuto che il mutuatario

paghi quando potrà o quando ne avrà i mezzi (*art. 1901 (1773)*).—*181*. Quid *nel caso in cui il mutuo siasi fatto col patto che il mutuatario possa render la cosa* quando vorrà?—*182*.

Se la stipulazione vien fatta nel suo proprio senso, il contratto riuscirà, secondo i casi, o ad una costituzione di rendita o ad una specie di donazione.

I.—**174**. Il legislatore si intertiene in questi articoli di un dovere imposto al mutuante, dovere corrispondente alla sola obbligazione che derivi veramente dal contratto, quella cioè di restituzione contratta dal mutuatario. Tale dovere si riassume in queste parole: il mutuante dee astenersi dal domandare la restituzione della somma o della cosa prestata, finattantochè non sia nata pel mutuatario l'obbligazione di restituirla. Quando adunque si reputerà nato quest'obbligo della restituzione? Fa d'uopo ciò determinare, per poter poi definire il dovere che il contratto impone al mutuante. Con questa mira, noi verremo distinguendo i due casi cui i nostri articoli si riferiscono: quello in cui il termine sia stato stabilito dalla convenzione, e quello in cui il contratto non ne faccia parola, o ne parli in modo poco chiaro.

II.—**175**. Quando il tempo sia determinato dal contratto, l'obbligo del mutuatario e il dovere corrispondente del mutuante sono da esso regolati. Pongasi per esempio, che io vi presto oggi, 15 marzo, 1,000 franchi o 25 sacchi di frumento per tre mesi, vale a dire fino al 15 giugno, egli è chiaro da un lato, che il 15 giugno voi sarete obbligato di restituirmi 1,000 franchi o 25 sacchi di frumento, e dall'altro che sino a quel tempo io debba astenermi dal chiedervene la restituzione. E me ne dovrò rigorosamente astenere, ancoraquando durante quel tempo provassi un bisogno pressante dei 1,000 franchi o dei 25 sacchi di frumento. Di fatto, la regola che inculca al mutuante il dovere di aspettare fino al termine convenuto, non soffre, nel prestito di consumo, la modificazione aggiunta dall'art. 1889 (1761) per il comodato (*sopra*, nn. 127 e seg.). Il che si comprende di leggieri, perocchè nel prestito ad uso il comodante conserva sempre la cosa prestata, la quale dovrà restituire *in individuo*; di modo che l'ha sempre tra mani e può renderla senza notevole pregiudizio, quando il comodante la reclami per il bisogno che ne sperimenti. Per l'incontro, nel prestito di consumo, il mutuatario, che ha ricevuto la cosa per disporne, anche consumandola, può averla effettivamente consumata, onde troppo duro riescirebbe volerlo costringere a procurarsene una simile in fretta, e forse con grave dispendio, per farne la restituzione pria della scadenza del termine. Per queste ragioni l'art. 1899 (1771) dispone in modo assoluto, *che il mutuante non possa ridomandare la cosa prestata pria del termine convenuto.*

176. Nondimeno, quand'anche vi sia una stipulazione precisa, il beneficio del termine non s'intende acquistato necessariamente, neanco pel mutuatario. Difatto, questi non isfugge alla legge comune dell'art. 1188 (1141), per la quale il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso fallito o decotto, o quando, per fatto proprio, ha diminuito le cautele che aveva date col contratto al suo creditore. Così, per esempio, se il mutuatario, per sicurezza del mutuante, gli dà in ipoteca una foresta con alberi di alto fusto, e poscia ne fa abbattere gli alberi, il prestatore acquista per questo fatto il dritto d'invocare l'art. 1188 (1141) del C. Napoleone contro il mutuatario, che quinc'innanzi perderà il beneficio del termine e può esser costretto alla immediata restituzione.

177. Da un altro lato, ed in senso contrario, il termine convenuto può esser prorogato nell'interesse del mutuatario, per un'applicazione diretta dei principî generali. Così avviene, se per circostanze avverse ei sia impedito di adempire la sua obbligazione, ed in tal caso i giudici, avvalendosi della facoltà che dà loro l'art. 1244 (1197) del Codice Napoleone, ed avendo

riguardo a questa situazione infelice del mutuatario, potranno accordargli, però sempre con molta riserba, secondo l'espressione dell'articolo, dilazioni moderate per la restituzione.

Del resto noi ammettiamo, col maggior numero degli scrittori, che in questo caso potranno i giudici obbligare il mutuatario di pagar gl'interessi al mutuante per tutto il tempo di grazia, ancorachè nel contratto non se ne fosse fatta stipulazione (1).

178. Determiniamo un ultimo punto, che ci viene del pari suggerito dalle regole generali sulle obbligazioni, cioè che il mutuatario può sempre ricusare il beneficio del termine, restituendo la cosa prestata pria del termine stabilito dalla convenzione, salvo se il mutuante non pruovi che il termine fu stipulato in suo favore (C. Napoleone, art. 1187 (1140)); lo che può avvenire segnatamente nel prestito ad interesse, quando il mutuante abbia prestato il suo danaro con interessi vantaggiosi.

III.—**179.** Se il contratto non fa parola del termine, non se ne debbe inferire che il mutuatario possa esser costretto alla restituzione a piacimento ed alla prima inchiesta del mutuante, per esempio, il domani del prestito o pochi giorni dopo. Se così fosse, se il mutuatario potesse essere obbligato incontanente alla restituzione; il prestito di consumo mentirebbe il suo carattere di contratto di beneficenza, poichè invece di tornar profittevole al mutuatario, gli riescirebbe oneroso e di nocumento. Diciamo adunque con Pothier, che se, per esempio, il mutuante consegni una somma determinata, è a presumere che egli abbia accordato tacitamente un tempo convenevole entro il quale il mutuatario possa raccogliere altrettanta per restituirgliela, e che questi non l'avrebbe preso in prestanza se avesse saputo che ne dovea essere richiesto pria di quel tempo (2). Il giudice adunque, interpretando questa presunta volontà, accorderà al mutuatario una certa dilazione, in guisa che non riesca derisorio il prestito, nè onerosa di molto la restituzione. Così debbe intendersi la disposizione dello art. 1900 (1772), secondo cui, ove non sia fissato un termine per la restituzione, il giudice può accordare al mutuatario una proroga, secondo le circostanze.

180. Spesso avviene che si presti una cosa a un amico, stipulando che questi la renda, *quando potrà o quando ne avrà i mezzi*. L'art. 1901 (1773) prevede questa ipotesi in cui, diversamente dal caso precedente, il mutuante si rimette alla discrezione del mutuatario. I giudici nondimeno sono investiti dei medesimi poteri, e se mai avvenga che per la ricusa costante del mutuatario alla restituzione, il mutuante fosse costretto di ricorrere alla giustizia, dovrebbe il giudice, consultando la volontà presunta delle parti, stabilire un termine ragionevole, entro il quale il mutuatario possa compire la restituzione del danaro o della cosa prestatagli, senza riceverne incomodo. La Corte di Bordeaux conveniva giustamente in questa sentenza, in una specie in cui si volea sostenere che l'obbligo del debitore di pagare quando i suoi mezzi glielo permettessero, costituisca da parte sua un'obbligazione condizionale, e che spetti al creditore che reclami la esecuzione provare che quegli, per un mutamento di fortuna, si trovi in grado di compiere il pagamento (3). La Corte di Bordeaux considerava con somma esattezza, che avuto riguardo a siffatta promessa di pagamento, la determinazione del tempo dovrà dipendere dall'arbitrio del giudice, il quale prenderebbe una via di mezzo tra la troppo esigenza del creditore, ed il troppo lungo ritardo del debitore.

181. Può ancora avvenire che il prestito sia fatto col patto che il mutuatario faccia

(1) *Vedi* Duranton (n. 592); Duvergier (n. 220); Troplong (n. 203).

(2) *Vedi* Pothier (n. 48).

(3) Bordeaux, 7 aprile 1838 (S. V. 40, 2, 62; Dalloz, 42, 2, 88; J. P., alla sua data).—*Vedi* inoltre Bordeaux, 22 giugno 1833 (S. V., 33, 2, 547, Dalloz, 34, 2, 48), in una specie in cui il mutuatario avea promesso di pagare sui primi fondi di cui poteva disporre.

la restituzione *quando vorrà*. Sotto questa forma di buon volere e di gentilezza usata dal mutuante, spesso sarà facile trovare un termine implicito, che sarà stabilito dai giudici, come nei casi precedenti, a seconda delle circostanze. Questo termine d'ordinario durerà per tutta la vita del mutuatario, di guisa che la restituzione della cosa prestata, facultativa per lui, sarà obbligatoria pei suoi eredi. Ciò è consacrato in una decisione della Corte di Parigi (1), ed in altra della Corte di Tolosa (2).

182. Ma quest'ultima decisione si spinge tropp'oltre, elevando a principio che l'obbligazione di rimborso a volontà del soscrittore, non può mai equivalere ad una costituzione di rendita, ma debba necessariamente ritenersi che il pagamento verrebbe procrastinato fino alla morte del debitore. Sembra a noi per l'incontro, che ove le parti abbiano preso nel senso proprio la stipulazione che il mutuatario pagherebbe *quando voglia*, non vi sarebbe allora che l'apparenza di un prestito, ed il contratto in tal modo formato sarebbe realmente un contratto di rendita, nei termini dell'art. **1909 (1781)**, se siansi stipulati interessi, il che avviene nel maggior numero dei casi (*infra*, il commentario di quest'articolo), e se non siansi stipulati interessi, una specie di donazione, coll'obbligo nel donatario di restituire; ma questa obbligazione sarebbe piuttosto naturale che civile, non sanzionata da alcuna azione, nè produrrà altro effetto se non se di impedire al mutuatario, o piuttosto al donatario, di chiedere la restituzione del pagamento fatto volontariamente o per errore.

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL MUTUATARIO.

1902 (1774).—Il mutuatario è obbligato a restituire le cose prestate nella stessa quantità e qualità, e nel tempo convenuto.

1903 (1775).—Se si trova nella impossibilità di adempirvi, è obbligato a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui doveva, a norma della convenzione, farsi la restituzione della cosa.

Se non è stato determinato nè il tempo nè il luogo, il pagamento si fa, secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo in cui fu fatto il prestito.

SOMMARIO.

(1) Parigi, 14 maggio 1837 (S. V., 38, 2, 425).

(2) Tolosa, 20 marzo 1835 (Dalloz, 36, 2, 95).

tuite. — *Il mutuatario deve restituire non la cosa che ricevette, ma un' altra* della medesima specie. *Intendimento di queste parole.* — *193. Differenza tra la parola* specie *usata dai giureconsulti e la medesima parola usata dai naturalisti.* — *194. Transizione al modo di eseguire l' obbligazione della restituzione.*

V. *195.* Del caso in cui il prestito abbia avuto per oggetto cose fungibili diverse del danaro. — *Il mutuatario deve restituire cose della medesima specie.* — *196. Deve restituirle nella stessa quantità e qualità : regole di valutazione.* — *197. Non si tiene alcun conto del valore, poichè il mutuatario è sempre obbligato di restituire le cose prestate nella stessa quantità e qualità, qualunque fosse lo aumento o la diminuzione del loro prezzo (art. 1897 (1769)).* — *198. La legge prevede il caso in cui il mutuatario sia nella impossibilità di soddisfare l' obbligazione di restituire cose simili a quelle che ha ricevuto (art. 1903 (1775)).* — *199. Ciò deve intendersi non di una impossibilità radicale, ma di una quasi impossibilità: esempi.* — *200. La legge prevede due ipotesi:* — *201. O il tempo e il luogo della restituzione sono state fissate nella convenzione, e allora il mutuatario si libera pagando il valore che la cosa avrebbe avuto nel tempo e luogo convenuti;* — *202. O non è stato determinato nè il tempo nè il luogo, e allora il comodatario deve pagare il valore della cosa secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo ove gli fu consegnata la cosa.*

VI. *203.* Del caso in cui il prestito abbia avuto per oggetto danaro : *testo dell' articolo 1895 (1767)).* — *204. Questo articolo non può applicarsi nel caso di prestito di metallo in verghe (art. 1896 e 1897 (1768 e 1769)).* — *205. Ridotto ai suoi termini, l' art. 1895 (1767) riproduce la dottrina di Pothier, che il danaro prestato debba essere restituito secondo il valore corrente nel tempo del pagamento.* — *206. Ma questa dottrina è assolutamente contraria ai principî economici e alla stessa giustizia.* — *207. Dimostrazione di questa proposizione.* — *208, 209. Continuazione.* — *210. Nondimeno la disposizione dell' art. 1895 (1767) è precisa e deve essere applicata.* — *211. Ma non si dovrà estenderla oltre ai suoi limiti.* — *212. Essa non è d'ordine pubblico, e vi si può quindi derogare con particolari convenzioni.* — *213. Le precedenti osservazioni riguardano i pagamenti in moneta di oro?* — *214. E quelli in moneta di cuojo?*

VII. *215.* In qual luogo dev' essere restituita la cosa prestata. — *Per eccezione alla regola generale dello articolo 1247 (1200), la restituzione dev' essere fatta nel luogo in cui sia stato compito il contratto;* — *216. Salvo il caso in cui le parti abbiano manifestato, espressamente o implicitamente, un pensiero diverso.*

I.—**183.** Veniamo infine a parlare della vera, della sola obbligazione che deriva dal prestito di consumo , cioè dell'obbligo del mutuatario di restituire la cosa. In che cosa consiste questa obbligazione ? Avendo già indicato la differenza essenziale che distingue il prestito di consumo dal comodato, noi già sappiamo che l'obbligazione non possa esser la medesima nelle due specie di prestito. Se il mutuatario diviene proprietario delle cose prestate, e acquista inoltre, in forza del contratto o meglio in forza della tradizione che compie e perfeziona il contratto, il dritto di disporre delle cose, anche consumandole, è evidente che egli non potrà essere obbligato, come nel comodato (*sopra*, art. 1875 (1747)), a restituire le cose medesime che ha ricevuto a titolo di prestito e che non ha dovuto conservare : la sua obbligazione sarà dunque di restituire cose simili, cioè altre cose della medesima specie. Ciò ha voluto significare l'art. 1902 (1774), dicendo che il mutuatario è obbligato a restituire le cose prestate, ***nella stessa quantità e qualità***, nel tempo convenuto.

184. L'articolo non dice più che tanto; però la sua disposizione devesi mettere in

relazione con quella degli art. 1895, 1896 e 1897 (1767, 1768 e 1769), i quali, riguardando pure l'obbligazione di restituire, non avrebbero potuto pria d' ora opportunamente spiegarsi (vedi *sopra* , nn. 132 e 169). Noi dunque, riunendo il commentario di questi tre articoli con quello degli art. 1902 e 1903 (1774 e 1775), dovremo qui esaminare: a chi debba farsi la restituzione; in qual tempo; quali cose debbano restituirsi; come debba eseguirsi la obbligazione, 1° nel caso in cui siasi prestato danaro, 2° nel caso in cui siansi prestate altre cose fungibili ; infine , in qual luogo debba farsi la restituzione. Su questi varî punti verremo mano mano intrattenendoci.

II.—185. E primieramente , la restituzione dovrà farsi dal mutuatario al mutuante, se questi sia maggiore e capace di ricevere. Se il mutuante sia morto , la restituzione si fa all'erede o al suo successore universale; se sia incapace di ricevere, o se lo erede sia incapace , la restituzione dovrà farsi al mandatario legale. Si avverta per altro , che la donna maritata e non separata di beni può ricevere col consenso del marito; che il minore emancipato o le persone soggette ad un consulente giudiziario possono ricevere , il primo coll' assistenza del suo curatore (art. 482 (405)), ed il secondo coll'assistenza del suo consulente (art. 490 e 513 (422 e 426)).

Il mutuatario che paghi imprudentemente ad un incapace, sarebbe esposto a pagare una seconda volta. Per sottrarsi a siffatta conseguenza, dovrebbe provare che il pagamento da lui fatto sia riuscito di vantaggio all' incapace che l' abbia ricevuto. Questa condizione è necessaria onde il mutuatario si liberi validamente , diguisachè se il pagamento abbia solo in parte avvantaggiato l'incapace, il mutuatario dovrà pagargli una seconda volta quel tanto di cui l' incapace non abbia tratto profitto (articolo 1241 (1194)).

186. Indipendentemente da queste condizioni di capacità, il mutuatario dovrà curare che il consegnatario della cosa sia il vero mutuante cui essa dev'essere restituita. Sotto questo riguardo non può insorgere nessuna difficoltà, ove il contratto sia avvenuto tra il mutuante e il mutuatario senza persona per lo mezzo, se l' uno abbia direttamente consegnato e rimesso all' altro la cosa prestata, e questi l'abbia personalmente ricevuta.

Per esempio, Paolo e Pietro, tutti e due maggiori e capaci di contrarre, hanno conchiuso un prestito;—Paolo, mutuante, ha rimesso a Pietro, mutuatario, una somma di 10,000 franchi, e questi si è obbligato di restituirla infra cinque anni. In questa ipotesi, gli è chiaro all'evidenza che Paolo, o , morto lui , il suo erede o successore universale , è il mutuante cui devono essere restituiti i 10,000 franchi allo scader dei cinque anni, di guisa che, ove *se ne facesse* restituzione ad altri , che *non avesse* il mandato di riceverla, il mutuatario non si toglierebbe d'impegno.

187. Però noi abbiamo veduto parlando delle condizioni essenziali del contratto (numeri 138 e seg.) e degli effetti che ne derivano (nn. 152 e seg.), che in parecchie circostanze può ben avvenire una convenzione di prestito, senza che la cosa sia stata consegnata personalmente dal mutuante al mutuatario , ed anche talvolta senza che il mutuante abbia la proprietà della cosa prestata. Or in alcune di tali circostanze, sebbene non sia gran fatto difficile conoscere a chi la restituzione dee farsi , può venirne un motivo di dubbio e di esitanza.

188. Prescindiamo pur nondimeno dal caso in cui il mutuatario riceva la cosa prestata da un terzo, che gliel'abbia consegnata per richiesta e per conto di colui a cui egli l' avea dimandata. Per esempio, Paolo toglie in prestito da Pietro una somma di danaro, e questi, non avendo il numerario a sua disposizione, prega Giacomo , che voglia rimetterlo per di lui conto , e nel nome suo, al mutuatario ; e di fatto Paolo riceve la somma da Giacomo che ne fa rimessa in nome di Pietro. Qui non vi ha dubbio di sorta; gli è come se la somma fosse stata consegnata a Paolo da Pietro

personalmente. Tal è il parere di Pothier che segue l' autorità di Ulpiano (l. 15 Dig., *De Reb. cred.*, e l. 9, § 8, *Eod. tit.*); e il suo avviso è pur troppo evidente. Poichè la somma fu consegnata da Giacomo, non già nel nome proprio, ma nel nome di Pietro, gli è quest' ultimo il mutuante effettivo; Paolo si è obbligato verso di lui, e a lui solamente o ai suoi eredi dev' esser fatta la restituzione. Poco importa che tra Pietro e Giacomo vi sia un contratto intermedio di mutuo, una obbligazione per la quale Pietro è risponsabile verso Giacomo della somma che si è fatta da lui anticipare. Ciò non muta la sostanza delle cose, nè i rapporti tra Pietro e Paolo; al postutto si riesce a questa idea formulata da Pothier, che la numerazione delle monete fatta per ordine di Pietro, ne racchiude due in una volta; gli è come se Giacomo abbia consegnato la somma a Pietro, e questi dappoi l'abbia consegnato a Paolo (1).

189. Andiamo più oltre: supponiamo che senza ordine alcuno di Pietro, e a di lui insaputa, sia stata in di lui nome consegnata a Paolo la somma presa in prestito. In questo caso, delle due l'una: o Pietro approverà quanto Giacomo fece nel nome di lui, o si ricuserà di farlo. Se Pietro approva, il contratto di mutuo si riterrà quinc'innanzi per valido, e poichè la ratifica produce un effetto retroattivo sino alla data del contratto, ne segue che l'obbligazione debbasi ritenere come assunta verso Pietro sin da quel giorno; di guisa che la restituzione deve esser fatta a lui solo o ai suoi eredi, acciocchè il mutuatario sia liberato. Se Pietro negherà l'approvazione, egli rimarrà necessariamente straniero al contratto, e quindi il prestito sarà ritenuto come fatto da Giacomo, a cui Paolo dovrà fare la restituzione della somma ricevuta (2).

190. Poniamo un'ultima ipotesi: suppongasi un mutuo della cosa altrui. Per esempio, voi tenete in serbo nei vostri granai frumento di mia proprietà, di cui vi ho affidato la custodia; voi intanto, senza ch'io mel sappia e senza il mio consentimento, prestate il grano a Paolo nel vostro nome, come se quel prodotto vi appartenesse. Ci è ben noto, come in massima quel prestito non sia valido, poichè il mutuante che non ha la proprietà della cosa, non può, appunto per questo motivo, fare al mutuatario la traslazione di proprietà, essenzialmente richiesta nel prestito di consumo, non potendo altrimenti il mutuatario acquistare il dritto di poterne disporre che è inerente al contratto. Ma noi abbiam detto che quando il mutuatario, comunque privo di questo dritto, abbia realmente consumato di buona fede la cosa prestata, questo mutuo, che non esisteva in origine, produce, per un'applicazione dell'art. 1238 (1191), tutti i suoi effetti, e per conseguente l'obbligo di restituzione che ne deriva (*sopra*, n. 156). Ebbene adunque, nella specie a chi dovrà esser fatta la restituzione? Forse al proprietario della cosa prestata? O a colui che senza averne la proprietà l'ha data in prestito come se gli fosse appartenuta? Egli è chiaro che il mutuatario non può aver contratto alcun obbligo verso il proprietario che non sa chi sia; egli non ha conosciuto, nè ha potuto conoscere altri che colui con chi ha avuto da fare, che gli ha prestato la cosa, e che del resto gli ha procurato esattamente, per la tradizione della cosa stessa, i medesimi vantaggi che potea se gliene avesse trasferito la proprietà. A costui dunque dovrà farsi la restituzione dal mutuatario, salvo il ricorso del proprietario contro colui che indebitamente dispose della cosa sua (3).

III.—**191.** Sarebbe questo il luogo di intertenerci del termine della restituzione, che l'art. 1902 (1774) dice dover essere fatta «nel tempo convenuto.» Ma gli articoli 1899, 1900, e 1901 (1771, 1772 e 1773), che dai compilatori del Codice furono compresi nella precedente sezione, ove trattasi *delle obbligazioni del mutuan-*

(1) Pothier (n. 30).
(2) *Sic* Pothier (nn. 32 e 33).

(3) *Vedi* Pothier (n. 34); Duranton (n. 565); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 390).

te, a ciò precisamente si riferiscono. Essendo stato da noi esposto il commentario di tali articoli (*sopra*, nn. 174 e seg.), non possiamo far altro che rimandare alle nostre precedenti osservazioni; e parleremo quindi dell' esecuzione dell'obbligo, specialmente per rispetto alle cose che il mutuatario deve restituire.

IV.—192. L'obbligo del mutuatario nel prestito di consumo, siccome abbiamo avuto spesse volte occasione di dirlo, consiste nella restituzione, non già della cosa stessa ricevuta, ma di un' altra della medesima specie. Pria di parlare di questa esecuzione, che, come vedremo, si opera in diverso modo, a seconda che il prestito abbia per oggetto le tali o tali altre cose fungibili, ci pare questo il luogo di determinare il senso nel quale le parole « *cose della medesima specie* » debbano andar intese.

Pel naturalista e per chiunque altro in generale, la *specie* è il complesso degl'individui che sono derivati o possono riguardarsi come derivati da una coppia unica primitiva (1).—Il giureconsulto considera anche la specie come una somma d'individui, ma riguardandoli in ragione della loro comune utilità, non già del loro tipo uniforme o della loro discendenza genealogica. L'idea di specie può dunque ben applicarsi sì alle cose inanimate che agli esseri viventi; e poichè parecchi di questi esseri e di queste cose possono rendere lo stesso servigio, poichè per quanto riguarda questo servigio poco importa di aver l'una o l'altra, dacchè l'una val quanto l'altra, e può *farne le veci*, dacchè, in altri termini, l'una cosa è fungibile in rapporto all'altra (l. 2, princ., e § 1, Dig. *De Reb. cred.*), il giureconsulto viene complettendole nella medesima specie. Da ciò si vede come in dritto l'idea di specie corrisponda a quella di cosa fungibile, di maniera che potrebbesi definire la specie: una somma di cose tra di loro fungibili.

193. La differenza che corre tra questa definizione e quella dei naturalisti si scorge a tutta prima: la specie, per questi ultimi, vien determinata dalle note fisiche degl'individui; la specie, per i giureconsulti, dipende dalla volontà delle parti; e, comunque arbitraria, in generale è meno estesa che la specie naturale. Così il cavallo da sella e quello da lavoro, il montone *mérinos* e il montone inglese, il cane da caccia e quello da mandra, le vacche fiamminghe, normanne, brettone, formano nei contratti altrettante specie diverse, dove che pel naturalista rientrano nella medesima specie, sotto il nome di varietà e di razze (2). Per esprimere in dritto l'idea di cavallo, di cane, di montone, di vacca, quali che siano, non si usa la parola specie, ma la parola *genere*, che presso a poco risponde alla parola specie dei naturalisti.

194. Poste queste idee preliminari, parliamo della esecuzione dell' obbligo di *restituire*; e, seguendo la via segnata dal legislatore, distinguiamo i due casi previsti dalla legge: 1° il caso in cui il prestito abbia avuto per oggetto delle cose fungibili diverse dal danaro; 2° il caso in cui sia stato dato in prestito danaro.

V.—195. Quando il mutuatario riceva a titolo di prestito cose fungibili diverse dal danaro, per liberarsi dovrà restituire al mutuante cose della medesima specie, cioè cose tra loro fungibili: metallo per metallo, frumento per frumento, olio di ulivo per olio di ulivo, olio di navone per olio di navone, tranne che le parti non abbiano considerato queste due specie di olio come fungibili tra loro, nel qual caso potrà in cambio dell'olio di ulivo restituirsi olio di navone, e viceversa.

196. Inoltre, dovendo la restituzione essere completa, o meglio dovendo il mutuante ricevere l'equivalente di ciò che ha dato, il mutuatario sarà tenuto non solo a restituire cose della medesima specie, ma anche della stessa qualità e quantità (articolo 1902 (1774)): *Qualis, quantaque*,

(1) *Vedi* de Quatrefages (*Unité de l'espèce humaine*, cap. III, p. 54).—*Vedi* pure Geoffroy Saint-Hilaire (*Histoire naturelle générale des règnes organiques*, parte 1ª).

(2) *Vedi* de Quatrefages (*loc. cit.*, p. 68 e 69); Geoffroy Saint-Hilaire (*loc. cit.*).

dicevano i Romani (l. 6, Dig., *De Reb. cred.*).

La qualità si giudica secondo il valore relativo dell'oggetto prestato al tempo della tradizione e al tempo della restituzione. Così, se siansi prestati cento sacchi di frumento di prima qualità, cioè di quello che vendevasi più caro al tempo del prestito o della tradizione, il mutuatario dovrà restituire cento sacchi di frumento di prima qualità, cioè di quello che costerà più al tempo della restituzione.

La quantità può giudicarsi in tre modi diversi, secondo che la utilità delle cose sia proporzionale al loro numero, al loro volume o al loro peso. Nel primo caso, saranno numerate; nel secondo, misurate; nel terzo, pesate. Questa particolarità delle cose fungibili, di potersi estimare a peso, numero o misura, avea talmente colpito i giureconsulti romani, che solevano indicarle con questa perifrasi: *res quae pondere, mensura, numerove constant* (l. 2, § 3, Dig., *De Reb. cred.*).

Del resto, sarebbe sempre agevole, indagando la intenzione delle parti, a cui solo dovrà aversi ricorso, riconoscere se abbiano inteso che la restituzione fosse fatta a peso, a numero o a misura.

197. Sono queste le regole di estimazione. Però importa grandemente notare che, in questo primo caso di cui parliamo, l' obbligo di restituire si esegue in modo diverso che nel secondo di cui quanto prima parleremo, perciocchè si tien conto unicamente della quantità e qualità, non del valore delle cose restituite. Come testè dicevamo, prendendo ad esempio un prestito di frumento, il valore si considera per determinare la qualità della cosa, mettendola in relazione con sè stessa, non con altre. Il qual valore andrà soggetto a tutte le vicende delle leggi economiche; sicchè il contratto di prestito è in certo modo aleatorio, in quanto che il valore restituito dal mutuatario potrà essere assai più o assai meno del valore consegnatogli dal mutuante. Per esempio, colui che nel 1860 prestava 100 sacchi di frumento di prima qualità del valore in quel tempo di 15 franchi l' ettolitro, avrà il dritto di riscuotere nel 1862, termine convenuto, cento sacchi di frumento di prima qualità, comunque il prezzo in quest' anno sia di 30 franchi l'ettolitro. Supponiamo per converso, che il grano valea 30 franchi l'ettolitro nel 1860, epoca del prestito; il mutuatario rimarrà libero da ogni impegno, se renda nel 1862 la stessa quantità di frumento, ancoraquando al tempo della restituzione non valesse più che 15 franchi. In queste condizioni il mutuante potrebbe avere un beneficio del doppio, o soffrire una perdita di metà. — Ma così la legge ha disposto (articolo 1897 (1769)); e questa disposizione è una delle ragioni più gravi, per cui il contratto di prestito non si debba permettere se non se alle persone che hanno la piena capacità di disporre dei loro beni (*sopra*, nn. 159 e seg.).

198. Poichè l'obbligo di cui è discorso consiste nella restituzione di cose simili a quelle prestate, bisognava prevedersi il caso in cui il mutuatario non potesse soddisfarlo. A ciò mira l'art. 1903 (1775), ai termini del quale, se il mutuatario si trova nell'impossibilità di rendere le cose prestate nella stessa quantità e qualità, è obbligato di pagarne il valore, in rapporto al tempo e al luogo dove le cose doveano essere restituite per convenzione, e se il tempo e il luogo non siano stati determinati, il pagamento sarà fatto secondo il prezzo corrente al tempo e nel luogo dove il prestito avvenne.

199. Su di che presentasi un primo dubbio, cioè se l'impossibilità di cui parla l'articolo debba essere intesa per una impossibilità radicale, come dire se la cosa prestata sparisca dal commercio per fatto del governo; o se debba spiegarsi per una quasi impossibilità, che impedisca al mutuatario la restituzione della cosa in natura, come, per esempio, nel caso in cui le circostanze rendessero così rara la cosa, che torni grandemente difficile il procurarsela.

Ispirandoci alle idee costanti dei compilatori del Codice, che tendono a tôr di mezzo i procedimenti troppo rigorosi contro i debitori, bisogna attenerci a quest'ultima in-

terpretazione (1), sorretta del resto dai principi conformi del dritto antico (2). Potrebbe certamente obbiettarsi, almeno in legislazione, che questa rinuncia involontaria del creditore all' esercizio rigoroso dei suoi diritti, questa carità impostagli, è contraria alla libertà delle convenzioni proclamata dal nostro diritto (art. 1134 (1088)). Ma si risponde che qui si tratta di un contratto di beneficenza, e che per ciò stesso, e per l'intenzione presunta delle parti, il mutuatario non può essere astretto alla restituzione di cose simili alle ricevute, se non quando tale restituzione non gli torni onerosa di molto; infine che, se si fossero potuti antivedere fin dal principio gli eventi avvenire, le parti non avrebbero trasandato di certo di sostituire un' obbligazione pecuniaria a quella della restituzione della cosa in natura.

Adunque i giudici, per uniformarsi al voto della legge, valuteranno le circostanze, e, senza sacrificare per nulla i diritti del mutuante, verranno in soccorso del mutuatario, che trovisi realmente in una condizione angustiosa (3).

200. Supponendo adunque che la impossibilità della restituzione in natura debba intendersi nel senso da noi già indicato, il debito del mutuatario si tramuta in un debito pecuniario, di cui bisogna determinare la somma.

A tal rispetto l' articolo 1903 (1775), siccome abbiamo veduto, prevede due ipotesi: o che il tempo e il luogo della restituzione siano stati fissati nella convenzione, o che questa non ne parli.

201. Nel primo caso, sarà apprezzato il valore che potea avere la cosa al tempo e nel luogo convenuto, e il mutuatario dovrà la somma della stima, ingente allo spesso, poichè supponesi che la cosa sia rara e il comprarla difficile.

202. Il secondo caso, quello cioè in cui il contratto non assegni nè il luogo nè il tempo della restituzione, avea fatto sorgere opinioni molto disformi tra gli antichi scrittori. Secondo il parere comune, adottato da Pothier (4) sulla autorità di Cujacio, la stima era determinata, avuto riguardo al tempo della richiesta, e al luogo ove la cosa erasi consegnata, salvo che il debitore non fosse in mora, nel qual caso l'apprezzamento dovea riferirsi al giorno della condanna, ove questo eccedesse quello del giorno della richiesta.

Oggi però non è più il caso di fare tal controversia. La mora del debitore vien punita in altro modo ed in maniera uniforme, vale a dire con l' obbligo di pagare gl'interessi della cosa prestata (*infra*, art. 1904 (1776)). In quanto alla stima, l'art. 1903 (1775) ha rimosso ogni dubbio, disponendo che il mutuatario debba fare il pagamento secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo ove fu fatto il prestito.

VI.—203. Esaminiamo il caso, *che più* spesso avviene nel prestito di consumo, cioè che il mutuo sia di danaro. In questo caso l'obbligo di restituzione si fonda su tutte altre basi, e si adempie in un modo affatto diverso, dapoichè *vi si tien conto* del *valore* solamente, che al contrario non è per nulla calcolato nel mutuo delle cose fungibili diverse dal danaro (*sopra*, n. 197). Infatti l'art. 1895 (1767) dispone che l'obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto, e che, accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore dee restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituirla se non in monete che abbiano corso nel tempo del pagamento.

204. Pria di esaminare la disposizione dell'art. 1895 (1767) e di determinarne l'applicazione, osserviamo anzi tutto, ch'essa è del tutto speciale al prestito di danaro. Se il prestito fosse di metalli, la disposizione non potrebbe applicarsi, sì come emerge dal-

(1) Duranton (n. 588); Troplong (n. 284).
(2) Specialmente Cujacio (sulla legge 22, Dig. *De Reb. cred.*, n. 4).
(3) *Conf.* Cass., 24 dic. 1828 (Dalloz, *Rep.*, alla parola *Prestito*, n. 212).
(4) Pothier (nn. 40 e 41).

l'art. 1896 (1768), ove sta scritto espressamente, che la regola contenuta nell'articolo precedente non ha luogo, se si sia prestato metallo in verghe. In questo caso l'obbligo di restituzione si adempie nel modo stabilito pel prestito delle cose fungibili che non sieno danaro (art. 1897 (1769)), e il mutuatario dee restituire, qualunque sia lo aumento o la diminuzione nel loro prezzo, delle verghe simili, in peso e in qualità, a quelle prestategli, e nello stesso numero. L'art. 1895 (1767), giovi ripeterlo, non fu sancito se non se pel prestito di danaro.

205. Ridotto a questi termini, siffatto articolo non fa che riprodurre una antica dottrina che da Pothier così veniva riassunta. « Nella nostra giurisprudenza, per uso costante; si ritiene che il danaro prestato debba essere restituito secondo il valore corrente al tempo del pagamento. Questa giurisprudenza si fonda sul principio, che in fatto di danaro non dee porsi mente alla specie e al numero delle monete, ma solo al valore che il sovrano vi affige: *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* (l. 94, § 1, Dig. *De Solut.*). La specie delle monete non è se non se la pubblica espressione del valore cui solo si pone interesse (l. 1, Dig. *De Contrah. empt.*).—Da questo principio consèguita, che non la specie delle monete, ma il valore solamente che per esso vien significato, costituisce la materia del prestito, come degli altri contratti. Il mutuatario adunque prende in mutuo il valore espresso dalle varie specie di danaro, anzichè le monete stesse che ne sono l'espressione, e quindi si obbliga per la restituzione di quest' esso valore; e rendendolo, soddisfa alla sua obbligazione, comunque il principe abbia alterato i segni che lo rappresentino; *puta*, quantunque la moneta corrente al tempo del pagamento abbia minor peso, o che, sopravvenuto un aumento sulle monete, un minor numero di esse basti a comporre il valore ricevuto.(1)» L'art. 1895 (1767) ha riprodotto questa dottrina, che combattuta nel diritto antico dai più insigni giureconsulti, Bartolo, Favre, Cujacio (2), vien propugnata oggi dalla maggioranza degli scrittori, in nome della ragione di Stato e del rispetto dovuto agli atti del governo (3).

Ma ci si permetta nondimeno di dirlo: a noi pare che l'art. 1895 (1767) venga in urto e coll'idea di giustizia e coi principî economici; ed otterremo indulgenza se qui verremo esponendo alcune osservazioni preliminari, onde dimostrare il nostro assunto.

206. Si è per lungo tempo sostenuto, e il tratto di Pothier di sopra trascritto fa eco a questa dottrina, che i metalli preziosi, almeno quelli coniati in moneta, non siano una mercanzia, sibbene l'espressione della ricchezza o la ricchezza stessa. Queste idee, comunque di tempo in tempo si son vedute risorgere (4), sono state smesse da lunga pezza, nè più si pensa oggi a combatterle. Di fatti, più non vediamo confutato quel vero, che la moneta sia una mercanzia della stessa natura delle altre, sottoposta com'esse, nel suo valore, alla legge dell'offerta e della richiesta; ch'essa a paro di quelle sia uno degli elementi della ricchezza generale di un paese; ma che da sè sola non costituisca maggior ricchezza che gli animali domestici, il grano, il vino, gli abiti, i prodotti di ogni genere, le macchine, com-

(1) Pothier (nn. 35 e 36).

(2) Bartolo (l. 101, Dig., *De solut.*); Fabro (l. 3, Dig., *De Reb. cred*); Cujacio (l. 2, § 1, Dig., *Eod.*). *Junge*: Vinnio (*Comment. sulle Istit.*, lib. III, tit. XV, n. 12); Baldo (l. 24, Dig., *De Jure dol.*).—Ma *vedi*, in senso contrario, Dumoulin (*Somm. des cout.*, ec., nn. 286 a 294, e *Tract. de usur.*, nn. 693 e 694); Donello (l. 3, Dig., *De Reb. cred.*).

(3) Delvincourt (t. III, p. 411, nota 3); Duvergier (nn. 174 e 175); Troplong (nn. 233 a 239). *Vedi* intanto, Duranton (n. 574), Rossi (*Osservazioni sul dritto francese nelle sue relazioni coll'economia politica*;—*Memoria dell'Accademia delle scienze morali e politiche*;—*Rivista di legislaz.*, t. II, p. 10); Massè (*Dritto commerciale*, 2ª ediz., t. IV, n. 2133).

(4) *Vedi* specialmente, nel *Monitore* dei 30 marzo 1862, le parole con cui il presidente del Senato interruppe un oratore che sosteneva una petizione diretta all'abrogazione della legge del 1807 sull'usura: « Ma il danaro non è una mercanzia. »

presavi la terra aratoria, che servono alla produzione (1).

I metalli preziosi (segnatamente l'argento che è presso noi il metallo tipico, al quale sempre ragguagliamo tutti gli altri valori) possiedono in sommo grado delle qualità, per cui tutti li ricercano: la solidità, la durezza, la proprietà di mai non corrompersi e di conservar sempre la stessa natura. In fine, conservano sempre il medesimo valore, sono poco voluminosi, e quindi di facile cambio e trasporto. Tutti i popoli ne han riconosciuto i vantaggi di poter servire al cambio delle altre mercanzie, e ne fecero nella più gran parte quest'uso cui parea fossero destinati (2). Quindi il nome che i Romani diedero al danaro: ***communis omnium rerum mensura***. Il danaro in fatti è la misura comune di tutte le altre cose, ed oggi più che in altro tempo, questa proprietà della moneta la rende, sì come dicemmo, la cosa fungibile per eccellenza, e per questo riguardo più allo spesso costituisce l'oggetto del prestito di consumo.

207. Conseguentemente, la moneta rientra nella classe di quelle cose, che per loro proprietà particolare, sogliono apprezzarsi per numero, per peso, o per misura, a seconda che la loro utilità stia in proporzione del peso, del volume, o del numero (*sopra*, n. 196). Come dunque e su quali basi dovrà apprezzarsi il danaro? Parrebbe conveniente di limitarsi alla misura, poichè infine l'utilità che si ricava dai metalli sta in ragion diretta del loro volume. Ma ne riesce più facile il peso che la misura; e poichè alla fin fine, il peso dei metalli risponde sempre esattamente al loro volume, si è data la preferenza al peso, che dà gli stessi risultamenti; quindi l'uso di apprezzare i metalli giusta il loro peso, e noi abbiamo veduto (n. 204), che essi vengono stimati nella stessa guisa, quando si prestino in verghe o in materia prima.

208. Egli è vero che, per un ultimo progresso, si è giunti a smettere l'uso della misura e del peso pei metalli ridotti in moneta, bastando solo contarne i pezzi per riconoscerne il valore. Ma si noti, che la base o la regola dell'apprezzamento non è punto diversa. Dapoichè infatti, questi pezzi di metallo coniati per servire al cambio, questi pezzi cui diamo il nome di ***moneta***, ***pezzi di moneta***, ***argento monetato***, sono stati fatti colle proporzioni convenute e determinate (3); e poichè ognuno di essi ha un peso speciale e conosciuto da tutti, è bastato pesarli onde riconoscerne il valore. Quindi egli è sempre il peso dei metalli che ne determina il valore, anche per quelli monetati; e se nol calcolo si ricorre al computo e al numero, gli è come ad un mezzo più semplice e più spedito di giungere alla conoscenza del peso.

Se oggi dunque ricaviamo da un pezzo di un franco una data quantità di oggetti, ciò avviene perchè tali oggetti equivalgono a 5 grammi di argento, che è appunto il peso di un franco; e tutti i venditori, persuasi che ogni pezzo ha realmente il peso officiale, l'accettano senz'alcuna difficoltà in pagamento dell'oggetto venduto. Se i pezzi di un franco venissero alterati, e non contenessero più di 4 grammi di argento in vece di 5, perderebbero immediatamente un quinto del loro valore, e per comprare quel che oggi vale 20 franchi, dovrebbero pagarsene 25; se il pezzo di un franco non contenesse che 3, 2 o 1 grammo d'argento, ne dovrebbero esser pagati 33 più un grammo, 50 o 100.

209. I governi che, dopo alterate le mo-

(1) *Vedi* Duvergier (nn. 244 e 247, specialmente nella pag. 326).—*Vedi* pure Michele Chevalier (*De la Monnaie*, sez. I, cap. II, § 1, p. 7, e cap. III, p. 21).

(2) Michele Chevalier (*loc. cit.*, sez. I, cap. IV).

(3) Ciò spiegava Aristotile con rara chiarezza. Egli dice: « Si è convenuto di dare e ricevere in cambio una materia, che, utile per sè stessa, fosse di facile corso negli usi abituali della vita; tale è il ferro, l'argento, o altra sostanza analoga, che dapprima furon determinati pel peso e per la dimenzione, e quindi, per evitare le continue misurazioni, furon segnati con un'impronta speciale, che ne esprimeva il valore. » (*Politica*, lib. I, cap. III, § 14, trad. di Barthelemy Saint-Hilaire, 2ª ediz., p. 32).

nete, pure han voluto conservassero lo stesso valore, disconobbero una verità economica certa ed evidente; ma essi non vi furon tratti da inganno, ed il loro procedimento, anzichè una pruova d' ignoranza da canto loro, dovrà considerarsi come un mezzo di pagare meno di quanto dovevano, dando ai loro creditori, e sotto lo stesso nome, dei pezzi di moneta di un valore inferiore. E quando poi, per la forza della logica di un tal sistema, autorizzarono i debitori a pagare anch'essi i loro debiti con la moneta scemata di valore, consacrarono l'ingiustizia ed autorizzarono la disfiducia.

210. Gli è per questo che non vorremmo associarci a quegli scrittori che han tentato far l'apologia dell'art. 1895 (1767). Quando quest'articolo, prevedendo l' aumento o la diminuzione delle monete, dispone che il debitore dee restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituirla se non in monete che abbiano corso nel tempo del pagamento; quando ammette per esempio, che, sminuito il peso di un franco da 5 grammi a 4, il debitore possa fare il pagamento colle monete così ribassate, esso non fa se non autorizzare il debitore a liberarsi restituendo il valore ricevuto con un quinto di meno. Nè ciò può giustificarsi colla ragione di Stato, o col rispetto dovuto agli atti del governo.

E dapprima, supposto anche che per ragion di Stato possa il governo riserbarsi il dritto di non pagare ai suoi creditori se non se una parte dei loro crediti, battezzando con un altro nome la moneta che paga, per qual motivo questa ragion di Stato dovrà estendersi agli altri debitori, e potrà autorizzarli a fare altrettanto? Se le circostanze trascinano lo Stato alla bancarotta, si dovrà per questo all'istante elevare a principio un tal espediente? E potrem credere che lo si renda legale permettendolo a tutti?

Dall'altro canto, egli è vero che per rispetto agli atti del governo bisogna accettarne le leggi, anche le più ingiuste, e uniformarsi ad esse strettamente; ma ciò non permette che si facciano leggi immorali preventivamente e senza necessità.—A dir breve, ammesso il caso che sia indispensabile di autorizzare i debitori a pagare con una moneta di minor prezzo, potrebbe nascerne solo il bisogno di una legge speciale; ma porre la necessità in principio, come derivante da un atto eventuale del governo, è tal cosa di cui non sappiamo renderci ragione.

Checchenesia, l'art. 1895 (1767) è preciso e formale nelle sue disposizioni: *dura lex sed lex*. Se dunque il governo desse il nome di franco a una quantità di argento del peso di 4 grammi, ogni debitore potrebbe liberarsi sottraendo un quinto alla somma dovuta al suo creditore, vale a dire restituendo tanti franchi nuovi, quanti ne avea ricevuto dell'antico peso.

211. Però, se la disposizione è eccessiva, non bisogna estenderla oltre ai suoi limiti; di guisa che, se l'alterazione delle monete fosse avvenuta dopo il tempo della restituzione, e dopochè il debitore sia stato messo in mora, questi non dovrà trarne profitto. Egli è colpevole dall'istante che ha ritardato il pagamento; e poichè non sarebbe nè giusto nè ragionevole, che dalla colpa gliene venisse un vantaggio, in questo caso lo si dee ritenere come obbligato a restituire, non già il valore nominale, ma il vero valore della somma prestata (1).

212. Parimenti, a noi sembra che l'articolo 1895 (1767) non bisogna intenderlo come una disposizione di ordine pubblico, alla quale non si possa derogare con convenzioni particolari. Se dunque sia formalmente stipulato che, qualunque si fossero le variazioni delle monete durante il prestito sopravvenute, non se ne debba tener conto al tempo della restituzione, ma che in qualunque ipotesi il mutuante debba restituire un valore di peso uguale a quello ricevuto, nè più nè meno, tal convenzione dovrebbe eseguirsi, perchè lecita. Questo caso potrebbe assimilarsi a quello del pre-

(1) *Vedi* Duranton (n. 575). Conf. Ric., 3 giugno 1850 (J. P., 1851, t. I, p. 184;, S. V. 50, 1, 455; Dalloz, 50, 1, 201). — *Vedi* intanto Duvergier (n. 218); Troplong (n. 302).

stito in verghe. Così la pensano alcuni scrittori (1); ma bisogna convenire che la contraria opinione è prevalsa nella dottrina (2).

213. Finora abbiamo parlato delle monete d'argento, senza occuparci di quelle di oro e di rame, su cui ci resta a dir qualche cosa.

Le monete di oro e di rame sono state introdotte per facilità del commercio, sebbene in Francia l' argento sia il solo metallo tipico della moneta. Infatti il valore relativo tra due metalli non è, nè può essere invariabile, sicchè è necessità che in uno Stato siavi un solo metallo tipico (3); ed essendo stato da noi scelto l' argento come più comune, più divisibile e di un valore più certo dell' oro, la legge dei 7 germinale anno XI, che determinò il sistema monetario di quest'ultimo metallo, fissò provvisoriamente, salvo le ulteriori modificazioni, il rapporto tra l'oro e l' argento al 15 1/2; e questo rapporto è stato conservato, non ostante le lievi variazioni che l' han fatto successivamente salire a 15 3/4, e poi discendere a 15 1/4 (4). Ma se in conseguenza di più importanti variazioni diventasse necessaria una nuova legge, e se il valore relativo dell'oro, rispetto all'argento, venisse abbassato o elevato per un atto del governo, i pagamenti potrebbero farsi con la nuova moneta d'oro. Ciò sarebbe di somma giustizia, perciocchè le parti, allorchè contrattavano, ebbero di mira il valore di una determinata quantità del metallo tipico, l'argento, e la quantità di oro che ricevono in pagamento potrebbero darla in cambio di una quantità di argento uguale a quella che avean dritto a ricevere. Ciò fu avvertito da Adamo Smith (5), nè saprem fare di meglio che riprodurre le sue osservazioni: « Se il valore nominale di una ghinea (moneta d'oro equivalente a 21 scellini, ossia fr. 26, 25) fosse ridotto a 20 scellini o elevato a 22, poichè tutti i conti e quasi tutte le obbligazioni e debiti sono espressi in moneta di argento, in generale, nei due casi, i pagamenti potrebbero farsi colla stessa quantità di argento; ma se si facciano in oro, se ne dovrebbe dare una quantità, maggiore in un caso, minore nell'altro..... Sicchè l' argento sarebbe la misura dell'oro, mentre l' oro non potrebbe esser la misura dell' argento; e il valore dell' oro varierebbe secondo la quantità d'argento che si può ricevere in cambio, mentre il valore di questo non potrebbe dipendere dalla quantità d'oro con cui si può scambiare. Ma questa differenza nascerebbe interamente dall' uso di fare i conti, esprimendone le somme, grandi o piccole che siano, in argento anzichè in oro. »

Seguendo queste idee di Adamo Smith, a noi pare che anche in questo caso potrebbesi, derogando con una convenzione particolare alle regole generali, obbligare il debitore che ha ricevuto una data quantità d' oro a restituirne un' altra dello stesso peso.

214. La moneta di rame è piuttosto una espressione della ricchezza, un valore nominale, anzichè una ricchezza, un valore reale, dapoichè il valore intrinseco delle monete di rame è di molto inferiore al loro valore legale (6). La piccola quantità di rame messa in circolazione, e la facilità di cambiarla colla moneta di argento, secondo il suo valore nominale, impediscono che essa scemi di prezzo. Per altro, la moneta di rame non può darsi in pagamento se non come resto di un pezzo da 5 franchi (decreto dei 18 agosto 1810) (7).

Notisi che in Inghilterra, ove fin dal 1816

(1) *Vedi* Duranton (t. XII, n. 93, e t. XVII, n. 577); Dalloz (alla parola Prestito, n. 203); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV. p. 464, nota 5).

(2) Pothier (n. 37); Merlin (Rep., alla parola *Prestito*, § 2, n. 7); Duvergier (n. 177); Troplong (n. 240); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 110, nota 12). — *Vedi* pure Bruxelles, 27 nov. 1809 (S. V., 10, 2, 207, e *Collez. nov.*, t. III, 2, 149).

(3) *Vedi* intanto Michele Chevalier (*Della Moneta*, sez. IV, cap. III, p. 162).

(4) Baudrillart (*Manuale d' economia politica*, p. 242).

(5) Lib. I, cap. V, p. 60, della 6ª ediz.; 1791.

(6) Baudrillart (*loc. cit.*, p. 231).

(7) Riferito nei Codici Tripier sotto l'art. 1243 del Codice Napoleone.

l'oro è il metallo tipico, l'argento, come il rame in Francia, ha un valore intrinseco inferiore (di 10 per 100 soltanto) al suo valore nominale. Ma questo inconveniente si avverte appena, per la confidenza che ispira il governo, e pel grande uso dell'oro e della carta moneta sotto tutte le forme, che diminuisce d'altrettanto l'uso dell'argento.

VII.—215. Detto a chi il mutuatario debba fare la restituzione, in qual tempo, quali cose debbano restituirsi e come debba eseguirsi l'obbligo della restituzione, non ci resta a dire, per compiere questa parte del nostro commentario, che del luogo della restituzione.

Stando alla regola generale stabilita nello art. 1247 (1200) del Codice Napoleone, la restituzione dovrebbe esser fatta, come per qualunque pagamento di cose che non siano corpi certi, nel domicilio del debitore, cioè del mutuatario; e tale sembra l'opinione di Merlin (1).

E pure in generale gli antichi scrittori, mossi dall'idea che il prestito è un contratto di beneficenza da parte di chi dà in favore di chi riceve, decidevano che questi, onde il mutuante non avesse l'incomodo di ricercarlo, dovea restituirgli la cosa prestata nel luogo medesimo ove l'avea ricevuto.

Quest'ultimo avviso sembra a noi doversi preferire, tanto più che il mutuante ha dritto ad una cosa uguale, per il suo valore relativo, a quella data in prestito, e che questa condizione sarebbe difficilmente adempita, se si prendesse per norma la disposizione dell'art. 1247 (1200). Per modo d'esempio, voi mi scrivete da Nantes a Strasburgo ove sono domiciliato, chiedendomi in prestito cento sacchi di frumento di prima qualità. Se la restituzione mi fosse fatta a Nantes, io non riceverei l'equivalente di ciò che vi ho prestato, se in Nantes il frumento di prima qualità valga meno che a Strasburgo. E certamente per questa ragione i compilatori del Codice, prevedendo il caso in cui la restituzione non potrebbe esser fatta in natura, dispongono, nel secondo paragrafo dell'art. 1903 (1775), che il mutuatario farà il pagamento secondo il valore corrente nel tempo *e nel luogo* in cui fu fatto il prestito. E per ciò stesso noi, prendendo argomento da quest'ultima disposizione, opiniamo che, per eccezione alla regola generale, e sebbene il prestito abbia sempre per oggetto cose fungibili, la restituzione dovrà esser fatta nel luogo ove si conchiuse il contratto (2).

216. Però, bisogna eccettuare il caso in cui le parti abbiano, espressamente o implicitamente, manifestato un pensiero diverso. A tal rispetto i giudici del fatto avranno un supremo potere di estimazione. Ed eglino, nella maggior parte dei casi, quando il prestito non sia gratuito, riconosceranno che il pagamento debba esser fatto nel domicilio del debitore, massime quando trattisi di danaro. Infatti, è solito allora che, in mancanza di convenzione, il debitore paghi nel suo domicilio (*infra*, n. 330); e, d'altro canto, non potrebbero nel prestito ad interesse invocarsi in favore del mutuante le medesime ragioni che nel prestito gratuito.

1904 (1776). — Se il mutuatario non restituisce le cose prestate o il loro valore nel termine convenuto, dee pagarne l'interesse dal giorno della domanda giudiziale.

SOMMARIO.

I. 217. Il mutuatario che sia in mora deve, a titolo di danni-interessi, pagare gli interessi della somma prestata, secondo la misura legale.— 218. Censura di questa disposizione. — 219. Nondimeno deve applicarsi anche nel

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Prestito*, § 2, numero 12).—*Junge*: Duvergier (n. 207).

(2) *Vedi* Toullier (t. VI, n. 93); Duranton (numero 586); Troplong (n. 279).

caso in cui siansi prestate cose fungibili diverse dal danaro. — 220 Gli interessi corrono dal giorno della dimanda giudiziale.

I.—217. Chiunque non adempia le sue obbligazioni deve essere condannato, prima ad eseguirle forzatamente, quindi ai danni-interessi, che sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel guadagno di cui fu privato. Così dispone l'articolo 1149 (1103) del Codice Napoleone, riproducendo e consacrando il *lucrum cessans* ed il *damnum emergens* degli antichi scrittori.—Questi danni-interessi vengono, in generale, valutati secondo le circostanze particolari della causa.

Ma trattandosi di obbligazioni di somma determinata, i compilatori del Codice, ritenendo che il creditore sia stato sempre in grado di procurarsene un'altra mediante un interesse del 5 per 100, hanno invariabilmente fissato l'indennità dovutagli dal debitore, pel ritardo della esecuzione, a questa somma del 5 per 100 d'interesse, dovuta dal giorno della domanda (articolo 1153 (1107)).

L'art. 1904 (1776) ha applicato questa regola al contratto di prestito; in conseguenza il mutuatario che sia in mora, deve, a titolo di danni, gli interessi della somma prestata, alla misura legale del 5 per 100 (l. 3 sett. 1807, art. 2), il che, lo diciamo di volo, porta a questo strano risultamento che, quando siano stati convenuti interessi, la mora del mutuatario non lo esporrà ad altro che a continuarne il pagamento, e a soffrire le spese di una esecuzione forzata.

218. Dopo tutto quel che abbiamo detto sotto i precedenti articoli, sarebbe superfluo dire che questa presunzion della legge spesso non sia conforme al vero. Quando il danaro scarseggia, difficilmente potrebbe ottenersene cogli interessi al 5 per 100, mentre che, quando abbonda, potrebbesi ottenerlo con un interesse assai minore. Parimente, una persona di conosciuta solvente

tezza troverebbe il danaro con migliori condizioni che un tale che non offra le medesime garenzie. Adunque la regola assoluta stabilita dai compilatori del Codice potrebbe alle volte riuscire poco equa; e sarebbe stato certamente più utile dare facoltà ai giudici di accordare un interesse maggiore nei casi, per altro poco frequenti, in cui l'interesse del 5 per 100 consacrato dall'uso non equivalga al danno cagionato.

219. Checchenesia, si è mosso il dubbio se il nostro art. 1904 (1776) debba esclusivamente applicarsi nei prestiti di danaro, o se debba estendersi pure nel caso in cui siansi date in prestito altre cose fungibili. Noi, che vediamo in questo articolo una disposizione iniqua, vorremmo poter seguire la opinione di coloro che ne restringono l'applicazione al solo caso del prestito di danaro (1). Però non possiamo dissimularci che la disposizione deve intendersi in senso generale, ed estendersi per conseguenza a tutte le cose che possono essere oggetto di un prestito. L'articolo parla di *cose prestate*, e non di *danaro prestato*, ed è concepito nel medesimo ordine di idee che l'art. 1905 (1777), il quale, quanto alla possibilità di stipulare interessi, pareggia i prestiti in derrate coi prestiti di danaro. È mestieri adunque intenderlo nel suo significato assoluto; e conseguentemente, nel caso di un prestito in derrate, si dovrà stimare il valore delle cose prestate, e pagarsene l'interesse del 5 per 100, prendendo per capitale il valore della stima.

220. In qualunque ipotesi, gli interessi corrono, secondo la regola dello art. 1153 (1107), dal giorno della domanda giudiziale. Sono chiamati interessi *moratori*, dal latino *mora*, ritardo, in opposizione agli interessi *convenzionali*, o stipulati nel contratto.

(1) *Sic* Duranton (n. 590); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 432, nota 3). — Vedi pure la decisione sopracitata dei 3 giugno 1830.

CAPITOLO III.

DEL MUTUO AD INTERESSE.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

SOMMARIO.

221. Il mutuo ad interesse quì è considerato qual varietà del prestito semplice o prestito di consumo.—222. Inesattezza di ciò.—223 Il mutuo ad interesse, contratto a titolo oneroso, distinguesi dal contratto a titolo gratuito di cui quì tiensi parola. — 224 Ma si ravvicina al contratto di locazione, costituendo una locazione di capitali. —225 L' errore nasce dall' essersi indicate colla stessa parola convenzioni differenti.—226 Esso rimonta al dritto Romano. —227 Come è stato riprodotto nel nostro antico dritto e nel Còdice.—228 Influenza che ha potuto avere l'inesattezza delle parole. — 229. Continuazione.—230 Transizione e divisione.

221. I compilatori del Codice, detto che solamente esistono due specie di prestito (art. 1874 (1746)), il *prestito ad uso* o commodato, di cui è parola nel 1° capitolo di questo titolo (art. 1875 a 1891 (1747 a 1763)), e il *prestito di consumo* o prestito semplice, di cui si occupano nel capitolo successivo (articoli 1892 a 1904 (1764 a 1776)), in un ultimo capitolo trattano di un'altra convenzione nomata da essi *mutuo ad interesse*, il quale sarebbe una terza specie di prestito, o almeno una varietà del prestito semplice; vogliam dire della convenzione per cui l'uno de' contraenti, che ha ricevuto dall' altro o danaro, o derrate, o altre cose mobili, è tenuto verso questi a pagargli in contraccambio, e fino al rimborso o alla restituzione, un' annuale indennità, detta interesse, qual compenso della privazione ch'ei momentaneamente soffre della cosa sua. In vari luoghi abbiamo già indicato (*sopra*, nn. 14 e 146), ed ora è tempo di dimostrare esservi quì non solo un vizio di metodo, ma eziandio un errore che va direttamente a colpire il dritto.

222. Difatti, se noi stipuliamo una convenzione, per cui voi mi consegnerete una somma di 1,000 franchi, obbligandomi da canto mio non solo a restituirvela fra due, tre o quattro anni, ma eziandio a pagarvi fino al dì del pagamento un annuo interesse di 50 franchi, è chiaro che la convenzione stipulata tra noi non ha per nulla quel carattere gratuito, proprio del contratto di prestito, che è essenziale nel prestito ad uso (*vedi*, n. 20), naturale in quello di consumo (*vedi* n. 146). La convenzione senza meno fa parte dei contratti interessati: costituisce in sostanza il *premio*, la *locazione* di un capitale; di tal chè volervi vedere un prestito, sotto questa denominazione comprenderlo e regolarlo nel titolo contenente le regole speciali al commodato e al prestito di consumo, è proprio un tenere in non cale la verità delle cose; è dimenticare l' una delle divisioni, al certo tra le più importanti de' contratti, quella cioè che li divide in contratti *a titolo oneroso* e contratti *a titolo gratuito;* è cadere in una vera confusione, avvegnachè tali due specie di contratti siano regolate da principî ben differenti, e gli ultimi, fondati sulla benevolenza e carità, si distinguono

dai primi con caratteri essenziali, essendo sottoposti a maggiori restrizioni e derogazioni al dritto comune.

223. Certamente, non è questa la prima volta che i compilatori del Codice hanno trascurato di osservare la regola che prescrive di non indicare collo stesso nome convenzioni differenti, di non dare ad un contratto oneroso il nome spettante ad una convenzione gratuita. Così, ci sarà dato osservare nel titolo seguente, che dopo avere stabilito in principio che il deposito è un contratto essenzialmente gratuito (art. 1917 (1789)), conservano tuttavia al contratto la medesima denominazione anche quando si convenga un salario (art. 1928, 2° (1800, 2°)). Il medesimo avviene nel titolo del *Mandato* (art. 1986 (1858)). Ma può ben dirsi che nel nostro titolo, e a proposito del *Prestito*, la indicata regola è stata più che in qualsiasi altra circostanza posta in non cale.

Difatti, nel deposito e nel mandato, puossi con qualche ragione affermare che la legge, permettendo un pagamento, ha avuto in mira, non già un salario esorbitante che farebbe bentosto degenerare il contratto in locazione di industria, ma bensì una rimunerazione onorifica più che pecuniaria, e che siffatto guiderdone, che non può mettersi in confronto coll' importanza del servigio reso, non altera l'essenza del contratto nella stessa guisa che i pesi e le condizioni aggiunte ad una donazione non la trasformano nè in una vendita nè in una permuta.

Ma il prestito ad interesse, di cui ora dobbiamo tener parola, è ben' altra cosa. È certo che l'indennità detta interesse, agli occhi della legge, è il compenso esatto ed intero del servigio che il preteso mutuante rende al preteso mutuatario. E ben a ragione, mentre un tale interesse tien luogo d'indennità per la privazione del godimento risultante dal ritardo del debitore obbligato, anche a titolo oneroso, a pagare una somma di danaro (art. 1153 (1107), e *sopra*, n. 217). È dunque veramente inesatto dare il nome di *prestito* all' abbandono dei capitali *a titolo oneroso*, della stessa guisa che all'abbandono de' capitali a titolo gratuito. Tal denominazione, data al prestito gratuito dall'antica giurisprudenza che non riconosceva la legittimità del prestito ad interesse, avrebbe dovuto conservarsi, nel Codice e sotto il novello dritto, con quella ristretta significazione; e darsi un'altra denominazione alla convenzione detta dai compilatori del Codice prestito ad interesse, o se non altro porla, col nome consacrato dall'uso, a lato del contratto a cui per la sua natura si riannoda.

224. Or questo contratto, come si è detto, non è altro che la *locazione*. Del pari che un *commodato pagato* è una locazione di corpo certo, così un *prestito pagato* non può essere, esaminato nella sostanza delle cose, che una locazione di quantità.

Ed invero, non vi si rinvengono forse tutti i caratteri della locazione? Havvi una cosa di cui una parte trasmette all'altra il temporaneo godimento; un prezzo, per l'ordinario periodico, e che pagasi in ogni anno, o in più brevi termini; la garentia dovuta da colui che cede, mediante tal prezzo, il godimento della cosa sua. Questa sola differenza potrebbe notarsi, che nella locazione di corpo certo, decsi restituire la stessa cosa di cui si è ceduto il godimento, mentre che nella locazione di quantità si è tenuti a restituire un'altra cosa della stessa specie. Ma siffatta differenza trovasi ugualmente nel contratto di prestito propriamente detto, e, come sopra si è spiegato (nn. 4 e seg.), si riferisce unicamente all'intenzione delle parti contraenti, secondo che esse abbiano considerato la cosa come corpo certo o come cosa fungibile; e tal differenza ci spinge ad affermare esservi due sorta di locazioni, come vi sono due sorta di prestiti: la locazione d'uso o di corpo certo, e la locazione di consumo o di cose fungibili, entrambi contratti a titolo oneroso, corrispondenti a due contratti a titolo gratuito, quali sono il commodato e il prestito semplice.

225. Queste idee, pienamente accettate dagli economisti, che non esitano

a porre la convenzione detta *prestito ad interesse* dai compilatori del Codice nella classe delle locazioni, sotto il nome di *locazione di capitali* (1), ancora non sono generalmente ammesse da' giureconsulti, persistendo molti a mantenere la locazione di capitali nella classe dei prestiti. Perchè ciò? Appunto per la confusione onde sono state indicate con una comune denominazione due convenzioni del tutto differenti, confusione permanente nel linguaggio del dritto, e molto antica, rimontando sino al dritto romano.

226. Difatti, quantunque la locazione dei capitali sia stata in grande uso sin da quella epoca negli affari giornalieri, pure i Romani, non l'aveano posta nella classe de' contratti imitati da essi creati in gran numero; il contratto concludeasi per via di una finzione. Le parti contraevano dapprima un *mutuum*, o prestito gratuito, cioè un contratto reale che non diviene perfetto che colla tradizione (*sopra*, n. 12); e allora davasi luogo ad un'azione *stricti juris*, la *condictio ex mutuo*, che non potea comprendere che una cosa uguale in quantità a quella ricevuta. Perlocchè divenia necessario, quando si volea prestare coll'interesse, d'aggiungere al contratto di *mutuum* una *stipulatio*, contratto verbale per cui si potea far promettere ogni specie di prestazione. Nel caso nostro, il prestatore si facea promettere degli interessi, *usurae*, da colui che prendea in prestito, e così, per mezzo di un *mutuum* corroborato da una *stipulatio*, si giungea indirettamente a conchiudere una locazione di capitali (l. 40, Dig. *De Reb. cred.*). Siffatta operazione, molto frequente in pratica, trasse i giureconsulti a dare il nome di *mutuum* eziandio a quest' ultimo contratto. Troplong insegna, sull' autorità di Salmasio, che la parola propria e corrispondente all'idea di *prestito ad interesse* è *foenus* (2). Da canto nostro, noi mettiamo in dubbio la spiegazione tolta da Salmasio; imperciocchè quest'ultima parola è qualche volta usata per denotare tal contratto (l. 9, Dig. *De usur.*; C. legge 16, *Eod. tit.*), indica il maggior numero di volte il capitale della somma prestata di unita agli interessi, o anche semplicemente gl'interessi; e allora è sinonimo di *usurae* (l. 4, § 1, Dig. *De Nautico foenore*). Ma il vero si è, che sotto questa comune denominazione di *mutuum* s'indica e la locazione de' capitali e il prestito gratuito, e che soltanto si distinguono due specie di *mutuum*: il *mutuum* con stipulazione d' interesse e il *mutuum* semplice.

227. Lo stesso è avvenuto nel nostro dritto francese. Allorchè, rompendola colle strane idee che aveano fatto proscrivere la locazione de' capitali, la legge del 3-12 ottobre 1789, permise stipularsi il prestito con interesse, il legislatore non ebbe certo in pensiero che, cambiando del tutto la natura del contratto, sarebbe stato opportuno cambiarne eziandio la denominazione; o piuttosto ei non vide, in questo nuovo contratto, ciò che realmente è, una estensione del contratto di locazione, e lasciògli il nome consacrato dall'uso. Di guisa che la parola prestito, nella stessa maniera che la parola *mutuum* de' Romani, è stata impiegata a denotare tanto il prestito semplice, quanto il prestito con stipulazione d'interesse. Questo duplice significato dal Codice è passato nel linguaggio di que' giureconsulti i quali, più alle parole che alla sostanza delle cose volgendo la loro attenzione, persistono a considerare come varietà del semplice prestito ciò che il Codice chiama prestito ad interesse, e non vogliono vedervi ciò che è in sostanza e in realtà, una locazione di capitali.

228. Il male non sarebbe certamente grave se non si trattasse d'altro che di una inesattezza di linguaggio. Ma bisogna badare che, in dritto, l'inesattezza nelle parole trae spesso all'inesattezza delle idee.

(1) *Vedi* G. B. Say (*Corso d'economia politica*, t. II p. 76); Baudrillart (*Man. d'econom. polit.*, parte IV, cap. III, p. 350).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 306 e 307).

E forse siamo al caso. Non è nostra intenzione anticipare ciò che quanto prima diremo nello spiegare gli articoli seguenti. Però, non possiamo a meno di dire che la parola *prestito*, richiamando idee di liberalità e di beneficenza, ha molto influito nelle ragioni che fecero introdurre le leggi che limitano la misura dell'interesse, e le hanno fatto fino ad oggi rimanere in vigore, ad onta degli incessanti attacchi di cui sono state segno. Chiamiamo le cose col loro nome, e diciamo che colui che consegna il suo danaro, mediante un annuo indennizzo, fa una *locazione* di capitali; i limiti posti alle condizioni possibili della locazione costituiscono una vera violazione al principio che le convenzioni hanno forza di legge tra le parti contraenti. Diamo a questa speciale convenzione il nome di prestito, e le restrizioni appariranno come cosa naturale e in perfetto rapporto coll'idea di beneficenza e di liberalità inerente alla convenzione così appellata.

229. In siffatta guisa ben facilmente scorgesi perchè i propugnatori delle leggi limitative della misura dell'interesse, abbiano la maggior cura del mondo a difenderle, insistendo sul perchè qui non si tratta di locazione ma sibbene d'un prestito. Troplong ne parla in più luoghi, e per ben due volte rimprovera gli scrittori poco familiarizzati col dritto, e coloro che non conoscono le delicate distinzioni di questa scienza, per non aver saputo distinguere il prestito ad interesse dalla locazione (1). Ma egli ne fa bentosto ammenda, inpercioccbè, dopo aver posto a riscontro la cosa locata col capitale prestato e il prezzo della locazione coll'annuo interesse, stabilisce un confronto, per altro molto esatto, tra' due contratti, onde s'inferisce che se in teoria l'uno è distinto dall'altro per qualche tinta che può colpire gli occhi dei giureconsulti, al postutto, e in pratica, essi tendono allo stesso scopo.

Queste idee abbiam voluto premettere; ma, deducendone la conseguenza naturale e logica, se ne inferisce questa conclusione, fin da principio annunziata, che essendovi identità nella natura de' due contratti, gli effetti avrebbero dovuto essere identici, e quindi, non al prestito, ma alla locazione si avrebbe dovuto rannodare la locazione dei capitali, che nondimeno chiameremo, col nome datovi dal Codice, prestito ad interesse.

230. Il Codice riguarda il prestito ad interesse sotto un doppio aspetto: in quanto produce l' obbligo della restituzione e in quanto produce alienazione d'un capitale. Nel primo caso, a cui si riferiscono gli articoli 1905, 1906, 1907 e 1908 (1777, 1778, 1779 e 1780), il contratto costituisce il *prestito ad interesse* propriamente detto; nel secondo, a cui si applicano gli art. 1909 a 1914 (1781 a 1786) il prestito nomasi *costituzione di rendita*.

Esponiamo le regole particolari a questo contratto, tanto nel primo caso quanto nel secondo.

1905 (1777). — È permessa la stipulazione degl' interessi nel semplice prestito sia di danaro, sia di derrate, o di altre cose mobili.

SOMMARIO.

I. 231. L'art. 1905 (1777) riproduce e conferma il dritto consacrato dalla legge de' 3—12 ottobre 1789.

II. 232. Principio della disposizione. Il prestito ha dato vita al credito. — 233 L'interesse è il premio della privazione impostasi dal mutuante e del servigio reso al mutuatario.

III. 234. Legittimità della stipulazione d'interesse. — 235. Nondimeno essa è

(1) *Vedi* Troplong, (nn. 309, 326, 327).

stata segno di numerose obbiezioni che a tre possonsi ridurre. — 236. Esposizione e confutazione dell'argomento tratto dalla sterilità del capitale. — 237. Esposizione e confutazione dell'obbiezione tratta dal carattere gratuito della convenzione di prestito. — 238. Esposizione dell'utopia di considerare il credito come gratuito.—239. Confutazione.—240. Conchiusione.—241. Passaggio,

IV. 242. *Delle cose che possono formare oggetto di un prestito ad interesse nel senso del nostro articolo.—243. Se la stipulazione d' interesse è unita ad una convenzione che abbia per oggetto immobili, si formerà un vero contratto di locazione.—244. Dicasi altrettanto quando la convenzione ha avuto per oggetto cose mobili, se queste cose siano state considerate dalle parti come corpo certo.—245. La legge riguarda dunque il solo caso in cui la stipulazione di interessi sia unita al prestito di consumo.*

V. 246. *Il prestito non produce interesse di pieno dritto; tale stipulazione dev'essere espressa.—247. Se la scrittura presenti qualche oscurità, la convenzione deve interpetrarsi nel senso di un prestito puro e semplice. Applicazioni.—248. Se la stipulazione non stabilisca la misura dell' interesse, si giudica che le parti si riferiscano alla misura legale.—249. Quid se il prestito sia consentito come rinnovamento di un precedente prestito ad interesse?—250. La regola che il prestito non produce di pieno dritto interesse si applica eziandio al prestito commerciale.—251. Eccezione per ciò che concerne le somme risultanti da un conto corrente.*

I.—231. L'art. 1905 (1777) consacra, o a meglio dire sanziona il dritto stabilito dalla legge de' 3 - 12 ottobre 1789, in urto alle proibizioni dell' antica giurisprudenza, di unire alla convenzione del prestito una stipulazione d' interesse. In politica ed in economia politica in ispecial modo, il problema dell' interesse del danaro e le quistioni che vi hanno rapporto, hanno la loro più alta importanza. Perlocchè gli storici, i filosofi e i pubblicisti, più dei giureconsulti, vi hanno rivolto la loro attenzione e i loro studî. Ma la loro importanza non è meno seria nel dritto, e soprattutto nel dritto pratico. Adunque, pria di scendere ai particolari di questa ultima parte del nostro tema, sarà necessario intrattenerci tanto del principio quanto della legittimità della disposizione relativa agl'interessi.

II.—232. Posciachè fu riconosciuto che una merce, quale si è il danaro, potea essere cambiata con altra merce qualsiasi; e che è *una moneta*, per servirci dell'espressione caratteristica di tale specie di merce, l'idea predominante di coloro che aveano, sia un bisogno, sia un desiderio da soddisfare, è stata di far acquisto di siffatta preziosa merce per procurarsi quindi gli oggetti da essi agognati.

Siffatta merce può in varî modi acquistarsi. In pria per mezzo di compra; ma allora fa di mestieri che il compratore si privi del tale o tal altro oggetto, che forse gli è egualmente utile. Siffatto inconveniente dovè far pensare ad un altro mezzo, e questo si fu il prendere in prestito. Si prendea a prestanza la merce moneta, cioè facendosela dare immediatamente, promettendone più tardi la restituzione. Se adunque il proprietario della moneta avea fiducia nella promessa fattagli che gli verrebbe restituita all'epoca fissata, e se i vantaggi offertigli compensavano ai suoi occhi il sacrifizio che facea per la privazione momentanea di questa moneta, allora consentiva a fare il prestito.

Da quì ebbe origine il credito, che rimasto lunga pezza quasi in questo stato primitivo, oggidì ha preso un così largo sviluppo.

233. Ne' primordj. null' altro fu il vantaggio concesso a colui che prestava danaro, o a meglio dire l' indennizzo che dovea dargli colui che prendea in prestito, qual prezzo della privazione che quegli s'imponea e per il servizio a quest' ultimo reso, se non che la restituzione di una certa quantità maggiore di quella consegnata.

Ma tantosto, consentito il prestito per un lungo periodo, invalse l'uso di fare questa restituzione, se non altro per il dippiù che si convenia, parzialmente e periodicamente, per esempio, tutti i mesi, o tutti gli anni. La quantità restituita s'indicava in relazione con quella prestata, secondo che era a questa quantità come 1 a 12, a 20, a 100: diceasi che l'interesse, o che la misura dell'interesse era di 1|12, di 1|20 di 1|100 della quantità consegnata, cioè del capitale.

III. — 234. Ma questo interesse prelevato dal prestatore era legittimo o pur no? La quistione è stata lungamente, e continua ad essere dibattuta fra gli scrittori. Però si ritiene generalmente che l'interesse è lecito e del tutto conforme non solo alle leggi economiche, ma eziandio alla più rigida morale, e alla più rigorosa equità. Quest'ultima opinione è la vera. Difatti, qualsiasi servigio merita una ricompensa; ecco il principio, base di tutti i contratti a titolo oneroso. Perchè dovrebbe essere altrimenti per ciò che riguarda il servigio che dal prestatore si rende a colui che prende in prestito? Perchè dovrebbe proibirsi al proprietario di una somma di danaro, a differenza di qualsiasi altro proprietario, di trarre un profitto dalla cosa sua? Egli senza dubbio potrebbe da sè stesso mettere in circolazione i suoi capitali. Ma se non può o non ha intenzione di utilizzarli così, gli sarebbe certo lecito di impiegarli nell'acquisto di una cosa qualunque, di un campo, di un cavallo, di una casa, che potrebbe dare a locazione per un prezzo di cui certamente non gli si potrebbe rimproverare di esigere il pagamento! (1). Perchè dunque vietargli di locare il danaro in natura e ricavarne un profitto, mentre gli sarà concesso di profittare delle cose che potrebbe procurarsi col suo danaro?... Per altro, non devono essere e non sono difatto libere le convenzioni? Dacchè il prestatore non usa alcun costringimento per indurre colui che prende in prestito ad accettare il suo danaro; dacchè questi si è volontariamente deciso e con conoscenza di causa a conchiudere il negozio propostogli o che egli medesimo proponea; dacchè ha giudicato, a torto o a ragione (ciò poco importa, mentre le illusioni che fa nascere una convenzione non sono certamente un motivo sufficiente per annullarla), che il negozio gli era di vantaggio e che miglior partito si era accettare il danaro che restarne privo, con qual dritto potrebbesi venir su dicendo che il negozio è illecito, e che colui che ha tolto a prestanza potrà mancare agli assunti impegni? Era in sua libertà il non prenderli: toccava a lui esaminare, ponderare gli eventi, e a decidersi dopo avere ben riflettuto.

Ma avendo regolarmente e con conoscenza di causa consentito all'obbligazione, vi è legato dal suo consenso, nè potrebbe dispensarsene tanto per il pagamento dell'indennizzo rappresentante il prezzo del servigio, quanto per la restituzione della cosa prestata.

235. Contro questo sistema si sono mosse moltissime obbiezioni: astenendoci di confutarle tutte ad una ad una, ci occuperemo delle tre principali, in cui si può dire che si comprendano tutte; la prima, antichissima, esposta da Aristotile, e poscia spesso riprodotta; la seconda, invocata specialmente dai casisti del medio-evo; e l'ultima infine, messa avanti ai nostri tempi dalla scuola socialista, o da una delle sue diramazioni.

236. Il principio e la base della prima obbiezione trovasi nella supposta divisione degli acquisti in naturali, come i frutti della terra e i parti degli animali, e in artificiali come il prezzo reclamato dal soldato o dal medico per i servigi resi col loro coraggio e col loro ingegno, i beneficî che ricavano i commercianti dal loro negozio, gl'interessi esatti dai prestatori di danaro al di là del capitale. Quest' ultimi

(1) *Vedi* Bentham (*Difesa dell'usura*, lettere IX et X).

acquisti, dice Aristotile (1), sebbene non siano di nocumento alla società, sono però, riguardati dal lato dell'utilità, molto al di sotto degli acquisti naturali: quindi si ha ragione di disprezzarli, e soprattutto di esecrare (*miseilai*) l'acquisto mediante l'interesse del danaro; essendo questo danaro materialmente sterile, nulla per sè potendo produrre, ed essendo il guadagno che se ne ricava il più contrario alla natura ed alla onestà.

Ma ove fondano essi questa divisione? Senza meno, considerando unicamente come lecito ed onesto il guadagno tratto da prodotti materiali o *naturali*, come dice Aristotile, non si pon mente che debbasi inoltre ammettere l'esistenza di prodotti immateriali (2), che, riguardati dal lato del valore e dell'utile, non sono da meno dei prodotti materiali, e che in conseguenza possono anche lecitamente dar luogo ad un compenso pecuniario. Se il medico o il soldato ci procurano la salute e la sicurezza, loro spetta l'indennità nella stessa guisa e colla stessa giustizia con cui spetta al coltivatore per averci nutrito. Di più, a fianco de' prodotti tanto materiali quanto immateriali, fa di mestieri porre i servigi che ne facilitano il conseguimento e la distribuzione, come sarebbero per esempio il trasporto di ta' prodotti, il metterli in commercio a disposizione del consumatore, e que' servigi che, o direttamente, o in modo indiretto, ci vengono resi, per esempio, dandoci il mezzo di ottenerli da un altro. Ora poichè il mezzo più sicuro di ricevere un servigio si è il pagarlo, puossi ben a ragione dire, che chi dà il danaro necessario per pagare il servigio che si desidera, benchè indirettamente, rende in realtà questo servigio. Poco importa che lo renda egli stesso, o che vi metta nella condizione di farvelo rendere da un altro. In entrambi i casi, il risultato è identico per colui che ottenne ciò che chiedea. Riceve un servigio; dee per conseguenza pagarlo: e sarebbe proprio assurda la pretensione di ottenerlo gratuitamente perchè si è conseguito in un modo piuttosto che in un altro (3).

237. Non ha miglior fondamento la seconda obbiezione. Obbligando colui che prende in prestito, si dice, a pagare delle periodiche prestazioni, si va contro allo spirito, alla natura del prestito, che essendo contratto di beneficenza, non potrebbe divenire oneroso. Perchè l'interesse sia lecito, fa di mestieri che il danaro prestato possa essere oggetto di una locazione, contratto oneroso (4). Ma ciò sarebbe unicamente possibile, se il danaro, restando nella stessa mano, fosse capace di un uso continuo e ripetuto, di guisa che il locatario potrebbe trar profitto dall'uso, mentre la proprietà resterebbe in potere del locatore. Unico modo di usare il danaro è l'alienazione; quindi mentre un tale concede ad un altro del danaro per usarne, come avviene nel prestito, questi ne diviene necessariamente proprietario, coll'obbligo di restituire l'identica quantità, e sopportarne i rischi: due condizioni inconciliabili colla locazione. Adunque il danaro non può che prestarsi; e poichè il prestito è di sua essenza o natura gratuito, il danaro dee prestarsi gratuitamente.

Come notammo nelle osservazioni preliminari di questo capitolo (*sopra*, nn. 224 e seg.), l'inesattezza è nel principio. Ivi mostrammo che, tutto all'opposto, il danaro può darsi a mutuo; che la differenza tra il mutuo di danaro e quello di un corpo certo sta in ciò, che il locatario dee rendere, invece dello stesso danaro, il simile e della uguale quantità; tal differenza però, che dipende

(1) Lib. I, cap. 3, § 23, traduzione di Barthélemy Saint-Hilaire, 2ª ediz., p. 36. In questo medesimo libro, cap. II, Aristotile si sforza di provare la legittimità della schiavitù. Errore dovuto ai tempi, e che non potrebbe far cessare la nostra ammirazione per il genio d'un sì grand'uomo!

(2) *Conf.* G. B. Say (*Corso d'economia politica*, t. I, p. 89 e seg., ediz. del 1840).

(3) *Vedi* Bentham (*Difesa dell'usura, lett.* X).

(4) *Vedi* Domat (lib. 1, tit. VIII); Pothier (*Dell'Usura*, n. 53).

dalla qualità di cosa fungibile attribuita dalle parti al danaro, non fa sì che esso non sia, al postutto, l'oggetto d'una locazione, cioè di un contratto in cui l'uso di una cosa è momentaneamente ceduto dall'una delle parti contraenti all'altra, che di rincontro si obbliga a pagare un prezzo (1). Per quanto riguarda i rischi della cosa, il locatario li sopporta come conseguenza della proprietà che acquista sul denaro; però a questi rischi corrispondono i vantaggi e benefizi procurati dall'uso del danaro, e avendo il locatario dato il suo consenso per pagarne il prezzo, fa d'uopo ritenere che egli abbia creduto che, tutto compensato, il danaro gli sarebbe di qualche vantaggio. Per altro, anche il proprietario del danaro rischia di perdere i suoi capitali se diviene insolvibile colui a cui l'ha consegnato, e tale eventualità è una delle ragioni per cui egli reclama un premio in cambio dell'uso dei capitali, ragione che mette il suggello alla dimostrazione contro la seconda obbiezione che ne contrasta la legittimità.

238. Veniamo all'ultimo argomento messo avanti ai nostri dì dalla scuola de' socialisti. Muovono essi dal principio, che tutti i beni esistenti sulla terra sono doni che emanano da Dio o che sono fatti dalla natura affinchè gli uomini se li dividano equamente, ciascuno secondo i proprî bisogni. Se uno di essi, si dice prende al di là di questa porzione, egli non fa altro che usurpare quella degli altri, e la società è nel dovere di reprimere l'usurpazione, costringendo l'usurpatore a rimettere nel comune dominio ciò che ne ha indebitamente sottratto. In forza di tal principio si attaccano in pria i capitalisti che dànno in prestito il loro danaro. Non è evidente che questi capitalisti rivendicano un dritto di proprietà sopra un danaro che non è necessario a' loro bisogni, tanto che consentono a privarsene? Si obblighino dunque ad abbandonare queste ingiuste pretensioni e a cedere gratuitamente parte di quel danaro che loro non è realmente necessario! (2).

Scorgesi a primo aspetto essere questa una delle tante deduzioni di una teoria che si spinge assai più oltre! E difatti, una volta messi su questo pendìo, fatalmente si è trascinati a negare ogni proprietà. Con qual dritto il proprietario di due case, che ne abita una sola, dee trar profitto dall'altra, che a nulla gli serve, locandola ad un terzo a cui è necessaria? Perchè il proprietario di due campi dee entrambi conservarli, mentre non ne può coltivare che un solo? Ed oltracciò, perchè dare agli attuali detentori della casa o del campo, necessarî alla loro esistenza, un dritto indefinito di proprietà? Venendo meno il bisogno, principio e giustificazione del dritto, perchè non dee pure cessare il dritto? Difatti, secondo i seguaci di questa dottrina, il dritto di proprietà non è che un dritto precario e vitalizio; e la proprietà, come da noi si concepisce, cioè esclusiva, immutabile contro il volere del proprietario, è un'usurpazione, un furto, o almeno non sarà altro d'ora in avanti, poichè si ha la bontà di concedere che l'usurpazione e il furto hanno potuto essere commessi in buona fede da coloro che non si erano ancora imbevuti della teoria di un così meraviglioso sistema circa la proprietà! (3).

Adunque per provare, contro quest'ultima obbiezione, la legittimità della stipulazione d'interesse unita al prestito, si dovrebbe pria di tutto provare la legittimità del dritto di proprietà.

239. Se fosse ancor oggi necessario oppugnare queste idee, di cui la pubblica coscienza ha già fatto giustizia, noi non diremmo certamente, con alcuni di coloro che a buon dritto ne sono stati indispettiti, che la costituzione della proprietà è una necessità sociale, e che questo principio, quan-

(1) Duvergier (n. 228).

(2) *Vedi* Proudhon (*Gratuità du crédit*; Parigi, 1850). Considérant (*Theor. du droit de propr. et du droit au trav.*).

(3) *Vedi* le tre memorie di Proudhon *sulla Proprietà;* Parigi, 1840 e 1841.

d'anche fosse contro natura e ingiusto, sarebbe nondimeno giustificato come indispensabile per il mantenimento dell'ordine sociale. Noi ritenghiamo da un lato, che la proprietà ha una base più solida e più giusta che la necessità sociale; e dall'altro, che sia pericoloso presentare la proprietà come una combinazione fittizia, una istituzione stabilita dal potere sociale, il che importerebbe che possa abolirsi a talento, come è stata creata, venendosi a conoscere che se ne possa far senza.

Noi, seguendo l'opinione del non mai troppo compianto Federico Bastiat (1), diremo che la proprietà è legittima perchè è conforme alla giustizia e alla legge naturale. È un errore, per non dire una menzogna, pretendere che gli uomini che si appropriano esclusivamente e al di là dei loro bisogni porzione del dominio comune, commettano una usurpazione in pregiudizio dei loro simili. O non si vede, o non si vuol vedere, quando si mettono avanti tali premesse, che questo dominio comune comprende semplicemente le materie prime, dono distribuito con profusione da Dio agli uomini, e che queste materie prime, in ragione della loro abbondanza, non sono per sè stesse di alcun valore, qualunque sia la loro utilità (2). Esse acquistano valore mercè le cure dell'uomo, che prendendone una certa quantità la rende adatta a' suoi bisogni, la prepara, la fa migliore, la trasforma, le dà novella utilità; ed è appunto questo lavoro necessario per perfezionare la materia prima, dandole un valore, che giustifica e fa esistere il dritto di proprietà. Non è forse giusto che chi ha creato un nuovo valore, dissodato un vergine terreno, cavato una miniera, estrattone l'oro che contenea, raccolga solo e senza contrasto il frutto del suo lavoro? Non è legittimo che il valore che ha creato gli sia proprio, e che egli ne divenga proprietario?

Adunque, se il fatto di avere un uomo col proprio lavoro o con quello degli avi acquistato valori, la di cui somma sorpassi i proprî bisogni, è una ragione per lui di essere generoso e caritatevole; non si potrà certamente dire che gli altri uomini abbiano il dritto di spogliarlo, privarlo delle sue ricchezze per dividersele tra loro, e nemmeno di pretendere, che se si priva de' suoi capitali prestandoli, li dia gratuitamente a colui che vuole averli in prestito.

240. Quindi, nessuno dei tre argomenti, nè quello tratto dalla sterilità del danaro, nè l'obbiezione dedotta dalla natura del contratto di prestito, nè l'utopia della gratuità del credito, sono sufficienti a far venir meno la verità, la giustizia, la legittimità del principio stabilito dalla legge de' 3 - 12 ottobre 1789, e riprodotto dai compilatori del Codice nell'art. 1905 (1777). E noi conchiuderemo, confermando quel che dicemmo più sopra (n. 234), cioè, che la stipulazione d'interesse unita alla convenzione del prestito è lecita e in tutto conforme non solo alle leggi economiche, ma, quel che è più, alla morale e alla equità.

241. Così giustificato il principio, veniamo all'applicazione, onde determinare lo intendimento dell'art. 1905 (1777). Spiegheremo a quale specie di prestito possa unirsi la stipulazione d'interesse, e quale sia la condizione necessaria affinchè il prestito divenga un contratto oneroso.

IV.—242. Il legislatore, permettendo in tali convenzioni la stipulazione d'interesse, ha avuto principalmente di mira il prestito di danaro, che è il più frequente. Però la legge non si è esclusivamente occupata di questo caso, mentre il nostro articolo permette di stipulare gl'interessi tanto se si dà in prestito del danaro, quanto se si prestano derrate o altre cose mobili. Quindi il prestito di qualunque cosa mobile può produrre interessi.

243. La legge non parla che di danaro,

(1) *Vedi Gratuitè du crèdit*, Parigi 1850, e *Armònie economiche*, specialmente cap. IX, p. 266, 3ª ediz.

(2) Fed. Bastiat (*Armonie economiche*, p. 166, 3ª ediz.).

di derrate, o altri oggetti mobili. Non fa certamente di mestieri osservare che non potea parlare in altro modo, e specialmente che non potea far menzione degl'immobili. Supponiamo infatti, che avendo voi bisogno del mio granajo per chiudervi la vostra raccolta, me lo domandiate per alquanto tempo, e che io ve lo ceda per la somma di 300 franchi qual indennizzo della privazione che soffro; questo non costituisce un prestito, ma sibbene una locazione, cioè un contratto che va soggetto alle proprie disposizioni legislative, e che per conseguenza non potea tenersi presente dal legislatore quando parlava del *prestito ad interesse*.

244. Ma andiamo più innanzi, e ponendoci negli stessi termini dell' articolo, diciamo che la stipulazione d'interesse unita ad una convenzione che abbia per oggetto danaro, derrate o altre cose mobili, non sarà sempre necessariamente un prestito ad interesse nel senso del nostro articolo. Per esempio, voi avete bisogno di far credere che avete del danaro nella vostra cassa o del frumento nel vostro granajo, e chiedete ad un amico che vi dia un sacco di 1,000 franchi o venti sacchi di grano, che quando avranno servito a' vostri fini gli restituirete identicamente. In siffatti termini, la convenzione costituisce un prestito ad uso o commodato, imperciocchè la cosa che ne forma oggetto è stata considerata dalle parti come corpo certo. Aggiungete però alla convenzione che, nel rendergli il sacco di 1,000 franchi, o i venti sacchi di grano, gli pagherete qual indennità una certa somma di danaro: la convenzione non sarà più un prestito, ma sibbene una vera locazione, che per le ragioni suindicate non è preveduta dal nostro articolo.

245. Che cosa dovrà da ciò inferirsi? Che onde la stipulazione d'interesse dia al contratto quel carattere necessario per poterglisi applicare l'articolo, è mestieri che la stipulazione sia aggiunta ad un prestito di cose considerate dalle parti per fungibili, o in altri termini ad un *prestito di consumo*, cioè a quel prestito che trasferisce al mutuatario la proprietà e l'obbliga a restituire, non la cosa che ha ricevuto, ma una simile. Ciò risulta per altro dalle parole usate nell'art. 1905 (1777), cioè *semplice prestito*, le quali specificando il prestito di consumo, giusta la definizione dell'articolo 1874 (1746), mostrano, che nel concetto del legislatore il prestito ad interesse è una varietà del prestito di consumo, e che al postutto l'uno è interamente simile all'altro.

V. — 246. Tale assimilazione trae per conseguenza (e con ciò darem compimento alla spiegazione del nostro articolo), che il prestito non produce interesse di pieno dritto; perciocchè essendo per sua natura gratuito, ed oneroso per accidente, la stipulazione d'interesse non può presumersi (1). Il nostro articolo permette che si aggiunga alla convenzione; ma deve essere espressamente aggiunta, altrimenti il prestatore non avrà alcun dritto di chiedere l'interesse; e colui che toglie in prestito, rendendo al termine pattuito la cosa prestata nella stessa qualità e quantità, sarà del tutto liberato.

247. E v'ha dippiù: non solo la stipulazione dev' essere espressa e determinata in iscritto, giusta l'art. 1907 (1779), ma eziandio, se la scrittura in tal punto è un pò oscura, la convenzione s' interpetrerà come prestito puro e semplice, come prestito senza interesse, in senso contrario al principio che le liberalità non si presumano, e ciò perchè i contratti a titolo oneroso sono la regola, mentre quelli a titolo gratuito costituiscono l'eccezione.

La giurisprudenza si è stabilita in questo senso; anzi alle volte le sue interpetrazioni sono state esagerate.

Così, è stato deciso che, onde supporre il consenso di pagare gl'interessi, non basta la clausola: « senza interessi durante il termine », non equivalendo questa clausola alla stipulazione dell'interesse dal dì della scadenza del termine (2).

(1) *Vedi* intanto Cass., 30 brum. anno XII (S. V., 7, 2, 313; Collez. nov., 1, 1, 839).

(2) Agen, 19 giugno 1824 e 19 marzo 1833; — Bourges, 25 apr. 1826 e 28 maggio 1827; Bordeaux, 2

È stato anche deciso, che la clausola con cui si stabilisce che il debito sarà pagato in un certo spazio di tempo, cogl'interessi *fino a questo tempo*, non fa correre gli interessi di pieno dritto dopo che è spirato il termine (1).

Parimente, la giurisprudenza considera che gl'interessi non siano stipulati nel senso della legge, quando le parti, in una sola scrittura, riuniscono gl'interessi col principale per farne un sol tutto (2).

Ma queste non sono che decisioni speciali in cui, come in tutti i casi analoghi che hanno potuto o potranno presentarsi, la soluzione speciale è stata la conseguenza dell'esame de'fatti e delle circostanze che hanno fatto rilevare l'intenzione de' contraenti; quello che si dee ritenere come generale induzione si è, da un canto, la necessità di una stipulazione scritta, non in forma sacramentale, onde il prestito produca interesse; e dall'altro, la tendenza manifestata di far, come derogazione alla regola generale, prevalere l'idea del prestito gratuito all'oneroso, nel caso in cui non è precisa e chiara la stipulazione relativa agli interessi.

248. Si aggiunga però, che se siffatta stipulazione sia semplicemente incompleta, in quanto che non stabilisca espressamente la tassa degl' interessi, il prestatore avrà dritto a ripeterli, senza che colui che prende in prestito possa esimersene. Se ciò potea mettersi in dubbio dopo la promulgazione del Codice, non essendovi alcuna tassa legale a cui ricorrere quando nella convenzione non era stabilita la misura dell'interesse che doveasi da colui che prendea a prestanza, ciò non può più essere dopo la legge del 3 sett. 1807, di cui quanto prima dovremo spiegare le principali disposizioni (*infra*, nn. 265 e seg.), la quale stabilì la tassa legale dell'interesse. Mediante questa legge, se nella convenzione si è stipulato l'interesse senza determinarsene la quantità, si presume che le parti si siano riferite alla tassa legale, non avendo ad essa voluto derogare (3).

249. Non così però se il prestito fosse consentito qual rinnovamento di un prestito ad interesse anteriore, nel qual caso vi sarebbe da credere che le parti abbiano avuto nell'animo di continuare il sistema dell'antico contratto (4). Si dovrà sempre supporre che la tassa degl' interessi stabilita coll'antico contratto sia inferiore della tassa stabilita colla legge del 1807. Perchè nella contraria ipotesi, bisognerebbe, se non si vuol supporre l'usura, cioè un fatto delittuoso che non si presume, abbracciare la presunzione da noi stabilita. Per maggior precisione diamo un esempio. Nel 1805, voi mi avete dato in prestito 10,000 franchi per dieci anni, e, giusta il convenuto, ve ne ho pagato l'interesse del 4 per 100 all'anno. Se nel 1815 mi prestate per altri dieci anni gli stessi 10,000 franchi, stipulando gl' interessi, senza indicarne la misura, certamente si presumerà che ci siamo riportati al primo contratto; e durante il tempo di questa nuova convenzione, sarò tenuto a pagarvi l'interesse annuo del 4 per 100. Ma supponiamo invece che vi ho pagato in forza del primo contratto l' annuo interesse dell' 8 per 100: tacendo la nuova convenzione, è indubitato che i tribunali non interpreteranno il silenzio come mantenimento degl' interessi all' 8 per 100, il che, giusta la legge del

maggio 1826 (S. V., 25, 2, 70; 26, 2, 86; 27, 2, 39; 29, 2, 193; 33, 2, 553; Dalloz, 25, 2, 42; 27, 2, 41, 239).—*Vedi* intanto Bourges, 11 giugno 1825 (S. V., 26, 2, 220; Dalloz, 26, 2, 26); Bordeaux, 28 maggio 1832 (S. V., 32, 2, 626; Dalloz, 32, 2, 210).

(1) Cass., 10 sett. 1811 (*vedi* la decisione alla sua data nella raccolta di S. V. e nel Jour. Pal.). *Vedi* intanto Merlin (alla parola *Interessi*, § 3, n. 12); Toullier (t. VI, n. 272). —*Vedi* pure, Tolosa, 19 genn. 1844 (S. V., 44, 2, 272; Dalloz, 44, 4, 210; J. Pal., 44, 1, 589).

(2) *Vedi* Agen, 3 e 17 ag. 1809; Cass., 29 gennaro 1812. *Vedi* intanto Ric., 25 gennaro 1815, alla loro data).

(3) Bourges, 11 giugno 1825 (decisione già citata); Lyon, 26 giugno 1831 (*J. Pal*, 1853, t. 1, p. 377; Dalloz, 54, 5, 445). *Vedi* pure Duvergier (n. 256); Troplong (n. 411); Cotelle (*Des Intérêts*, n. 86).

(4) Bourges, 4 marzo 1813 (nelle raccolte alla sua data).

1807, costituirebbe un'usura; ma invece si dovrà ritenere che le parti si siano riportate alla misura legale, sostituendola a quella stabilita nel primitivo contratto.

230. Per dar fine al commento dell'articolo, dobbiamo risolvere un'ultima quistione, cioè se puossi applicare al prestito commerciale il principio che il prestito non produce *ipso jure* gli interessi. Per la negativa si sono spiegati gl' interpetri del Codice di commercio. Così, Pardessus insegna che gl' interessi sono dovuti allorchè tale obbligazione risulti o dalla natura o dalla specie del negozio, o dall'uso de'luoghi, che può supplire alle convenzioni espresse (1). Massè è della stessa opinione, e preveggendo l'obbiezione che gli potrebbe venir fatta in virtù dell'art. 1907 (1779), il quale dice « che la misura dell' interesse convenzionale *debbe essere determinata per iscritto*, » risponde che « la disposizione si riferisce alla misura, non alla *stipulazione dell'interesse*, la quale può esser provata secondo le forme ordinarie (2) ».

Ma questa soluzione invero non ci sembra tale da preferirsi. Nè ci sorprende gran fatto l' argomento su cui si fonda, perciocchè farebbe di quel testo una disposizione ora inutile, ora eccessiva. Infatti, se si supponga che l'art. 1907 (1779) si riferisca unicamente *alla misura dell' interesse*, la sua disposizione sarebbe proprio senza oggetto, imperciocchè, come testè dicemmo (n. 247), avendo la legge dei 3 settembre 1807 stabilito una misura legale, il silenzio della convenzione su questo punto non potrà più significare che il mutuatario non debba affatto interesse, ma che le parti si siano riferite alla misura fissata dalla legge. D'altro canto, si andrebbe oltre allo scopo di questo articolo, dicendo che *la stipulazione dell'interesse* non sia soggetta ad alcuna forma speciale; perciocchè, se ciò fosse esatto, dovrebbe non solo applicarsi al prestito commerciale, ma eziandio al civile, e ciò in senso contrario alla dottrina e alla giurisprudenza, che riconoscono e proclamano altamente e senza ambagi la necessità di un' espressa stipulazione, di una prova scritta (*sopra*, nn. 245 e seg.)

Il vero si è, che la disposizione dell' art. 1907 (1779), allorchè fu dettata, ebbe una doppia causa: la prima, che più non esiste dopo la legge del 1807, di infrenare i prestatori, obbligandoli a manifestare nella convenzione del prestito le loro pretensioni (3); la seconda, che esiste tuttavia, di compiere e precisare il disposto del nostro articolo 1905 (1777), che non può essere disgiunto dall' art. 1907 (1779). Or quando da un lato l'art. 1905 (1777) ci dice essere *permesso di stipulare gl' interessi* in un semplice prestito; quando dall' altro l'art. 1907 (1779) ci dice che la misura dell' interesse convenzionale *deve essere determinata in iscritto*, da questi testi combinati si può e deesi trarre la conclusione, che i giudici non possono supplire alla stipulazione, e che il prestatore ha dritto agl' interessi, allorchè, giusta quello che prescrive l' art. 1905 (1777), lo ha stipulato nella convenzione del prestito. La conclusione è necessaria, e sovr' essa si è fondata la dottrina e la giurisprudenza, stabilendo in principio che la stipulazione d' interesse non si presume, non producendo il prestito interessi di pieno dritto. Or bene, vi è forse alcun testo che faccia differenza tra il prestito civile e quello commerciale? No certamente. Ma dunque bisogna concludere che il principio è applicabile tanto all' uno quanto all' altro. A ragione dunque ciò è stato dalla giurisprudenza confermato (4).

231. Vi ha però nel dritto commerciale

(1) Pardessus (t. II, n. 470; *vedi* pure n. 289).

(2) Massè (Droit comm., 1ª ediz., t. IV, n. 264; 2ª ediz., t. IV, n. 1699); Devilleneuve e Massè (Dict. de droit comm., alla parola *interesse*, n. 30); Parigi, 18 maggio 1823 (S. V., 23, 2, 390; Dall., 26, 2, 73.).

(3) *Vedi* il discorso di Boutteville (Locrè, t. XV, p. 30; Fenet, t. XIV, p. 462).

(4) *Vedi* Angers, 29 maggio 1807 (S. V., 7, 2, 313; Coll. nov., 2, 2, 249); Poitiers, 15 maggio 1821 (Dalloz, t. XII, p. 146; S. V., Coll. nov., 6, 2, 413); Colmar, 12 luglio 1824 (Dalloz, t. X, pagina 578; S. V., 25, 2, 122; Coll. nov., 7, 2, 403); Bourges, 16 maggio 1845 (S. V., 47, 2, 57; J. Pal., 1846, 2, 713; Dalloz, 47, 2, 32).—*Vedi* pure E. Vincens (t. II. p. 159).

un caso speciale, deciso ben diversamente dalla giurisprudenza e dagli scrittori; è il caso del conto corrente. Difatti, la giurisprudenza concede, che gli interessi delle somme notate in un conto corrente decorrono di pieno dritto dal giorno in cui si effettuano i pagamenti, in vantaggio della parte che ne ha fatto lo anticipo (1). Ma invero ciò non forma un'eccezione al nostro principio, ma è una conseguenza delle regole del mandato. Pardessus c'insegna, che le parti che figurano nel conto corrente sono rispettivamente mandatari, facendo gli sborsi l'una per l'altra, tanto per via di rimesse, quanto per via di pagamenti in quietanza l'una dell'altra. Conseguenza di ciò si è che, in virtù e per l'applicazione dell'art. 2001 (1873) del Cod. Napoleone, le somme portate in un conto corrente producono di pieno dritto interesse dal dì delle fatte anticipazioni.

1906 (1778). — Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti, non può ripeterli, nè imputarli sul capitale.

SOMMARIO.

I. 252. È questo un temperamento al principio che il prestito ad interesse non si presume. — Sua natura ed estensione. — 253. La legge suppone che il mutuatario abbia di sua propria volontà pagati gl' interessi, senza che vi fosse una espressa stipulazione. — 254 Interessi pagati senz'alcuna stipulazione. Non possono più ripetersi, ma per una ragione speciale. Conseguenze.

I. — 252. Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti, non può nè ripeterli, nè imputarli sul capitale: questa è la disposizione del nostro art. 1906 (1778), il quale così modifica la regola che il prestito ad interesse non si presume. Ma qual ne è la natura e l'estensione? Gli scrittori non sono nè del tutto concordi, nè abbastanza precisi intorno a tal punto; non essendo molto facile conoscere a qual principio siansi ispirati i compilatori del Codice nel dettare questa disposizione.

253. Nondimeno a nostro avviso sarebbe questa l'ipotesi della legge. — Parlando d'interessi *non convenuti*, essa fa comprendere che possa esservi caso in cui gl' interessi non siano stati convenuti con una *espressa* stipulazione, come è voluto dal precedente articolo; per esempio, nel caso in cui le parti abbiano tra loro convenuto che il mutuatario compenserebbe con un conveniente indennizzo il servizio resogli dal mutuante. In tal caso, mancando l'obbligazione civile, vi sarà a carico del mutuatario un'obbligazione naturale; e per ciò appunto il nostro art. 1906 (1778) vieta di poter ripetere gl'interessi pagati (art. 1235 (1188)) e d'imputarli sul capitale (2).

254. Ma conviene spingerci più oltre, e dire cogli scrittori, che il nostro articolo riguardi pure il caso in cui, mancando

(1) *Vedi* Bordeaux, 4 luglio 1832; Rig., 17 marzo 1824, 6 nov. 1832, 11 genn. 1841, 8 marzo 1833, 24 maggio 1854; Lyon, 20 nov. 1837 (S. V., 32, 2, 35; 25, 1, 147; 32, 1, 824; 41, 1, 636; 54, 1, 769; 55, 1, 737; 38, 2, 700; Dalloz, 33, 2,19; 24, 1, 483; 33, 1, 42; 41, 1, 193; 54, 1, 336; 54, 1, 179; J. Pal., 1853, t. 1, p. 668; 1855; t. 2, p. 42; 1858, p. 846). *Vedi* ancora Pardessus (t. II, n. 475); Delamarre e Lepoitevin (*Contr. de comm.*, t. II, n. 497); Massè (loc. cit., 1ª ediz., t. IV, n. 263; 2ª ediz. t. IV., n. 1698); Aubry e Rau (t. III, p. 433, nota 3,); Noblet (Du Compte courant, nn. 8 e 136).

(2) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 200, e nota 3); Duvergier (n. 258); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV. p. 467, nota 5); Aubry e Rau (t. III, p. 433); Duranton (nn. 599 e 600); Troplong (n. 412); Mourlon (t. III. 5ª. ediz., p. 393).

ogni stipulazione, anche verbale, d'interesse, il mutuatario abbia, per scrupolo di coscienza e per disobbligarsi col mutuante, creduto doverli pagare? (1) Noi non siamo di tale avviso. Il Codice, che avea pochissima simpatia pel prestito ad interesse, non potea supporlo in tal modo consentito al di là della volontà delle parti. Nondimeno, in questa ipotesi, come nella precedente, il mutuatario non potrà ripetere il danaro che ha pagato. Ma ciò gli sarà vietato in conseguenza di una donazione manuale, valida secondo il nostro dritto: e il mutuante terrebbe per sè le somme ricevute, non a titolo d'interesse, ma come una somma donatagli. Questa distinzione non è senza importanza; perocchè essendo il pagamento valido non in forza dell'art. 1906 (1778), ma come donazione, dovrà esser soggetto alle regole della donazione, e di conseguenze alla collazione, riduzione, revoca per sopravvenienza di figli, ec. ec.

1907 (1779). — L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è fissato dalla legge. L'interesse convenzionale può eccedere quello fissato dalla legge, se la legge non lo proibisce.

La misura dell'interesse convenzionale debbe essere determinata in iscritto.

SOMMARIO.

I. 255. *Osservazioni generali sull'opportunità dell'intervento del legislatore per stabilire l'interesse del danaro.* — 256. *Le medesime considerazioni che giustificano la legittimità del prestito ad interesse, valgono eziandio in favore della libertà di determinare la misura dell'interesse.* — 257. *Risposta all'obbjezione che il consenso di una delle parti non è libero.* — 258. *Continuazione: le leggi che limitano la misura dell'interesse tornano piuttosto in danno di coloro che si è voluto proteggere.*—259. *Idee di Turgot.* — 260. *Esse furono sanzionate dalla disposizione del nostro art. 1907 (1779).*—261. *Perchè sono state immutate colla legge del 3 settembre 1807, e con quella del 19-27 dic. 1850.* —262. *Continuazione.* — 263. *Però la pratica tende a far ritorno alla libertà delle convenzioni.* —264. *Le leggi del 1807 e 1850, ancora in vigore, sono il compimento dell'art. 1907 (1779): testo di queste leggi: transizione e divisione del commento.*

II. 265. *Effetti transitori della legge del 1807. Non ha alcuna influenza sugl'interessi provenienti da convenzioni anteriori alla sua promulgazione.*—266. *Quindi non deesi fare distinzione tra gl'interessi maturati pria e quelli maturati dopo la promulgazione.* — 267. *Secus per ciò che riguarda gl'interessi risultanti da* quasi-contratti.—368. *Caso in cui, spirato il termine stabilito con un contratto anteriore, il termine è tacitamente o espressamente prorogato: in tal caso sarà dovuto l'interesse legale.* — 269. *Dicasi altrettanto per gl'interessi* moratori.

III. 270. — *La misura legale stabilita colla legge del 1807, è d'ordine pubblico pei soli interessi stipulati in Francia. In conseguenza, i tribunali francesi non possono rifiutarsi di dichiarare esecutoria in Francia la stipulazione d'un interesse convenzionale fatta, al di là della misura, nelle nostre colonie o in un paese straniero, purchè la convenzione sia lecita nel luogo ove fu stipulata.*—271. Quid *se si tratti d'interessi moratori? Distinzioni.* — 272. Quid *per gl'interessi dovuti dopo una prorogazione di termine consentita in Francia? Rimando.*

IV. 273. *La legge del 1807 ha compiuto*

(1) *Vedi* i sopracitati scrittori e Merlin (alla parola *Prestito*, n. 1).

e non abrogate le disposizioni del nostro art. 1907 (1779). Quindi non potrà il mutuante esigere interessi, se non quando siano stipulati in iscritto nella convenzione.—274. La scrittura si richiede per la prova, ma non già per la validità della stipulazione d' interesse: conseguenze.

V. *275. La misura* massima *stabilita dalla legge del 1807 è del 5 per 100 negli affari civili e del 6 ne' commerciali. —276. Motivi di tal differenza.—277. Per quali segni puossi distinguere il prestito civile dal commerciale.—278. L' interesse stipulato è lecito fino al* massimo *della misura, e il mutuatario deve pagarlo* senza alcuna ritenuta. *—279. Sorpassando la misura stabilita dalla legge, l' interesse è usurario. —280. Però la legge stessa consacra talune eccezioni per le colonie. —281. La giurisprudenza ne ha consacrato parecchie altre, specialmente per tre operazioni commerciali: il cambio, lo sconto e la commissione.— 282. Cotesta giurisprudenza merita approvazione per quanto riguarda il cambio, che molto ed essenzialmente differenzia dall'interesse.—283.* Secus *per lo sconto e la commissione.— 284. Continuazione: lo sconto non è altro che una varietà del prestito.— 285. Continuazione: la commissione è un interesse larvato. —286. Critica d' un altra eccezione ammessa dalla giurisprudenza in favore dei mutuatari che si sottopongono a straordinari rischi.—287. Sunto e transizione.*

VI. *288. La legge del 1807 non riguarda il prestito di consumo che ha per oggetto cose diverse dal danaro: nel prestito di queste cose può dunque stipularsi un interesse maggiore del legale.— 289. Ciò ha luogo tanto se l' interesse sia stipulato in danaro, quanto se in natura.*

VII. *290. La legge ha specialmente di mira il prestito di danaro: e in tali prestiti colpisce tutte le combinazioni fatte per procurare al mutuante un interesse usurario. —291. Dello sconto di effetti sottoscritti dallo stesso debitore. —292. Dell' interesse prelevato sulla somma data a mutuo.—293. Del dritto di commissione nel prestito puramente civile.—294. Del calcolo degl' interessi per un anno ridotto a 360 giorni.—295. Degl' interessi pagabili a periodi minori d'un anno.*

VIII. *296. La legge del 1807 si applica a tutti i contratti e a tutte le convenzioni che, comunque larvate, costituiscono un prestito ad interesse. — 297. Quindi, si applica: alla* donazione *che il mutuante richieda, qual condizione del servigio che rende.—298. Al contratto di costituzione di rendita.— 299. Al contratto detto* mohatra. *—300.* Quid *del contratto di vendita? Distinzioni.—301. Della vendita sotto condizione risolutiva : specialmente della vendita col patto di* ricompra, *e del* contratto pignoratizio.*—302. Della vendita o cessione di credito. —303.* Quid *del contratto di permuta? Distinzioni.—304. Della locazione d' industria aggiunta al prestito.—305. Del contratto di società; caratteri per cui si distingue dal prestito. — 306. Continuazione : combinazione osservata sotto il nome dei tre contratti.— 307. Della transazione. —308. Dell' anticresi.*

IX. *309. Passaggio ai mezzi per provare l'usura. — 310. L' usura è una frode, e quindi può adoperarsi qualunque mezzo di pruova per assicurarne l' esistenza;—311. Anche contro atti sotto firma privata o autentici tendenti a provare essersi convenuto l'interesse legale.*

X. *312. Sanzione contro l' usura provata: sanzione penale e sanzione civile; la prima è estranea al nostro tema. — 313. La sanzione civile consiste nell' obbligo che ha il mutuante di restituire gl' interessi usurari, o di farne l'imputazione sul capitale dovutogli. — 314. La compensazione oggi ha luogo di pieno dritto nel giorno medesimo dei pagamenti, essendo stata risoluta colla legge del 19 dicembre 1850 la controversia che prima facevasi.*

XI. *315. Il mutuatario che ha pagato gl' interessi usurari può prescrivere l' azione ; il mutuante può opporre la sola prescrizione trentennaria. — 316. La prescrizione comincia a correre dalla data di ciascun pagamento, e non soltanto dall' ultimo. — 317. L'azione fondata sull'usura non è più ammessibile dopochè una sentenza passata in cosa giudicata ha condannato il mutuatario a pagare.*

I.—235. Abbiamo veduto sotto l'art. 1905 (1777), che il legislatore, rompendola colle idee erronee che da molti secoli aveano fatto proscrivere la locazione de' capitali, uniformandosi per altro alla pubblica coscienza, ha proclamato la legittimità del prestito ad interesse. Tale quistione è oggi diffinitivamente ed irrevocabilmente risoluta (*sopra*, n. 231 e seg). Ma a canto ad essa sollevasi un'altra quistione di principio, fondata sul nostro art. 1907 (1779): cioè se, ammessa la legittimità del prestito ad interesse, bisogni l'intervento della legge per istabilire un *massimo* che i contraenti non debbano eccedere nelle loro transazioni civili o commerciali; e se sarebbe miglior partito il non imporre altri limiti all'interesse che quelli stabiliti dalle stesse parti. Una tali quistione speciale, o a meglio dire secondaria, a differenza della quistione generale o principale, è stata ed è ancor oggi un soggetto di vivissime controversie, un problema che tien profondamente divisi i migliori ingegni.

236. Tratti dal nostro tema a dire il nostro divisamento su questa importante discussione, dobbiam confessare che, secondo noi, essa deve risolversi colle medesime considerazioni onde è stata risoluta la legittimità del prestito ad interesse. Il servigio reso al mutuatario che lo chiede; l'obbligo che costui si assume di pagarlo; la facoltà che egli ha di rifiutare il danaro, se gli sembra esagerata la ricompensa; la sua accettazione, che mostra aver egli preferito piuttosto di avere il danaro al prezzo offertogli, che rimanerne privo (*sopra*, n. 234); tuttociò milita ai nostri occhi potentemente per l'assoluta libertà delle parti, e condanna qualunque legge limitativa della misura dell'interesse, come ogni altra disposizione che ne proibirebbe in un modo assoluto la stipulazione medesima.

237. Invero, l'argomento fondamentale della tesi opposta consiste precipuamente nel dire che uno dei contraenti manchi di libertà. L'interesse esagerato o *usurario*, si dice, deve essere anche proscritto in una legislazione che stabilisce per principio che le convenzioni fanno legge tra le parti (Codice Nap., art. 1134 (1088)), perocchè è sempre necessario che le convenzioni siano libere. Or il fatto stesso che il mutuatario si obbliga pagare un interesse esagerato, non prova forse che egli non potè dare liberamente il suo consenso? Chi ignora qual sia la seduzione che prova il povero e bisognoso, all'idea di avere una somma di danaro? Per ottenerla, egli si sottoporrà a tutte le condizioni impostegli da uno spietato usurajo! E come mai la legge permetterà che si adempia un siffatto negozio, in cui il consenso di uno de' contraenti è coatto dalla superiorità dell'altro, senza curare di ristabilire i principî di giustizia e di libertà così sfrontatamente violati? (1).

Ma tale obbiezione non ha che fare nel caso nostro. Il mutuatario non è libero, perchè ha bisogno di danaro; noi ciò di leggieri consentiremmo, se si trattasse di un mutuatario di debole intelligenza, in cui il bisogno del danaro potrebbe aver distrutto completamente la libertà; e allora sarebbe necessario venire in suo soccorso e rescindere il contratto di prestito, come qualsiasi altro contratto in cui il consenso di uno dei contraenti non è stato libero (2). Ma bisogna convenire che questo caso non avviene generalmente. Il mutuatario, che ha bisogno di danaro, conosce che il mutuante ha eziandio bisogno d'impiegare i suoi capitali, per cavarne una rendita; sicchè in tal caso sono di fronte due pretensioni rivali; e se quindi ha luogo tra le parti il contratto, è a ritenere che le condizioni non siano sembrate troppo onerose nè all'una nè all'altra.

E perchè mai dovrebbe essere altrimenti? Questo mutuante, che sempre si è voluto dipingere come uno spietato usurajo, sarà

(1) *Vedi* l'opinione di Cambacérès, Tronchet, Maleville, nella discussione del nostro articolo al consiglio di Stato (Fenet, t. XIV, p. 433 e seg.; Locré, t. XV, p. 20 e seg.); quella di Jaubert nell'esposizione dei motivi della legge del 3. sett. 1807 (Locré, t. XV, p. 69).—*Junge*: Troplong (nn. 244-234); Boileux (t. VI, p. 410 e seg.).

(2) Duvergier (n. 247 e seg).

forse il solo a cui potrà rivolgersi il mutuatario? Ma ve ne sono eziandio altri che null'altro cercano che prestare il loro danaro con condizioni convenienti, e che di gran voglia conchiuderebbero il negozio, se per troppa esigenza il tale o tale altro mutuante se lo lasci sfuggire. In ciò appunto è riposta la garenzia, la salvaguardia, la protezione del mutuatario, che alla fin fine sarebbe in balìa del mutuante nella stessa guisa che il compratore, il locatario o l'operajo lo sono del locatore, venditore o padrone. È venuto mai in mente al legislatore d'intervenire tra costoro, e di stabilire i limiti da cui non potrebbbero allontanarsi nelle loro convenzioni col compratore, col locatario o coll'operajo? Perchè non dee lo stesso avvenire per la stipulazione d'interesse nel contratto di prestito?

258. Tanto più che le leggi limitative dell'interesse non hanno mai raggiunto lo scopo che si son proposte, cioè frenare o abolire l'usura (1). Le forme sotto cui può mascherarsi l'usura, come bentosto vedremo, ne rendono impossibile la proibizione. Un abile usurajo non lascia tracce de'contratti che conchiude: e solamente i timidi che non osano, o gli onesti che non vogliono far cosa in contravvenzione delle leggi, si arrestano ed evitano di prestare con un interesse maggiore del legale. Puossi quindi ben dire che, in pratica, le leggi sull'usura, anzichè colpire gli usurai contro i quali sono dirette, li favoriscono, dando loro il monopolio dell'usura, per essere soli padroni del mercato. Allora soltanto han luogo gli inconvenienti temuti dai propugnatori delle leggi limitative dell'interesse; poichè allora il debitore che non abbia garentie sufficienti per prendere in prestito alla misura legale (quel debitore appunto che si vorrebbe proteggere), resta in potere d'un ristretto numero di usuraj, i quali, intendendosela fra loro per non aver concorrenza, gl'impongono le più dure condizioni, ed allegano la legge medesima come una ragione di più per giustificare gli esorbitanti vantaggi, mostrando ingenuamente i molti rischi a cui sono esposti.

259. Siffatte idee, sebbene si facciano ogni dì più avanti (come bentosto vedremo), non hanno però potuto prevalere nella legislazione. Venti anni prima del 1789, il gran ministro Turgot presentava su di ciò un lavoro speciale, superiore, secondo noi, a tutto ciò che prima e dopo di lui si è scritto su questa materia. « È notorio, egli dice, che non vi è sulla terra piazza di commercio in cui la più gran parte dei negozi non si facciano col danaro prestato senza alienazione di capitali (il *prestito ad interesse* in opposizione alla *costituzione di rendita*, o prestito con alienazione di capitale), e in cui *gl'interessi non siano regolati dalla sola convenzione*, *secondo la maggiore o minore abbondanza del danaro sulla piazza e la solvibilità più o meno sicura del mutuatario*. La severità delle leggi ha ceduto alla forza delle cose: la giurisprudenza ha dovuto moderare nella pratica i suoi principî speculativi, e quindi si è apertamente tollerato il prestito con biglietti, lo sconto, e qualsiasi altro modo di negoziare il danaro tra' commercianti. Succederà sempre così quando la legge proibirà ciò che è necessario per la natura stessa delle cose (2). » Non ostante la somma riputazione di questo grande ministro, non si potè giungere alla abolizione delle leggi sull'usura, ed alla libertà del prestito ad interesse.

260. In tempi a noi più vicini, il voto di Turgot è stato in parte adempito, avendo l'Assemblea costituente dichiarato lecito il prestito ad interesse, o l'interesse del danaro col decreto dei 3-12 ottobre 1789, che poi fu confermato dall'art. 1905 (1777) del Cod. Nap. (*sopra*, n. 231). Ma

(1) Montesquieu (*Spirito delle leggi*, lib. XXII, cap. XXI); Bentham, *Déf. de l'Usure*, lett. III, IV, V, VI e VII). — *Vedi* pure i discorsi del tribuno Albisson (Locré, t. XV, p. 62; Fenet, t. XIV, p. 472).

(2) Turgot (*Mémoire sur les prêts d'argent*, *presentata al Consiglio di Stato nel 1769*). Questa memoria è stampata dopo la *Défense de l'Usure* di Bentham (Parigi, 1828, Malher e C.).

non avvenne lo stesso per la seconda parte, cioè per l'abolizione delle leggi limitative dell' usura. Nompertanto, anche in questo punto, l' opinione di Turgot ebbe molto credito ai suoi tempi.

Lasciando da un canto le leggi che nel periodo della rivoluzione regolarono il prestito ad interesse, e specialmente quella del 5 termidoro anno 4, in cui, o torto o a ragione, la giurisprudenza scorse la proclamazione del principio dell' assoluta libertà nella stipulazione dell'interesse (1), ci fermeremo a parlare delle discussioni che ebbero luogo al consiglio di Stato, nel 1804, a proposito del nostro art. 1907 (1779). Le idee di Turgot furono energicamente riprodotte, e in special modo difese da Regnault de Saint-Jean d'Angely, da Treilhard e da Bèranger, che in tal modo le riepilogava : «... Si è fatta distinzione tra l'interesse giusto e l'ingiusto. — Volendola ragionare colla legge, il giusto sarebbe unicamente quello da essa stabilito. E pure, secondo le idee naturali, un interesse del 7 per 100, può essere così giusto come quello del 3; essendo proprio dell'interesse variare come il prezzo delle pigioni, come tutte le cose su cui possano influire le circostanze.—Allorchè stabilivasi l'interesse del 5 per 100, il danaro impiegavasi unicamente per la coltivazione delle terre; di modo che rendeva benefizi assai minori di quelli che oggi produce, dopochè pel crescere dell'industria, il danaro può impiegarsi a tanti altri usi. Oggi, prendendo a prestanza al 7 per 100, si possono ottenere benefizi assai maggiori di quelli che prima si conseguivano, avendo il danaro al 5.—Adunque non è possibile fissare assolutamente la misura dell'interesse, nel modo stesso che non si potrebbe fissare un *massimo* per le derrate e le mercanzie. — Di più, la legge sarebbe quasi sempre delusa, poichè sono assai rare le coscienze timorate di cui si è parlato. Ognuno ritiene che, potendo trarre dal danaro il 10 per 100, darebbe la metà del suo benefizio al mutuatario se glielo presta al 5. Pertanto è pericoloso l'avvezzare i cittadini ad eluder la legge. La legge sull'interesse del danaro ad altro non servirebbe che a farlo alzare di più, e a rendere i mutui più rari e difficili.—Adunque l'interesse del danaro dovrà unicamente essere stabilito dalla legge, quando non l'abbiano fatto le parti (2). »

Siffatte osservazioni, che esattamente riproducevano il pensiero di Turgot, sono state trasfuse nel nostro art. 1907 (1779). Infatti, dopo aver fatto la distinzione tra l'interesse *legale* e il *convenzionale*, il legislatore stabilisce il principio che l'*interesse convenzionale potrà eccedere il legale*, il che lascia le parti libere nelle stipulazioni; e in ultimo, poichè la cupidigia è intrepida allorchè ha speranza di poter nascondere i suoi eccessi, il legislatore ha voluto contenerla col freno della vergogna (3), a quale oggetto dispone che la misura dell'interesse convenuto debbe necessariamente essere *determinata in iscritto*. Dal che segue che, giusta l'art. 1907 (1779), le parti aveano piena libertà di stipulare l'interesse in quella cifra che meglio loro convenisse, purchè l'avessero determinata per iscritto. Così veniva pienamente effettuato il voto di Turgot.

261. Però, questo stato di cose non durò lunga pezza. L'articolo 1907 (1779) era passato a stento nel consiglio di Stato. Molti si erano dichiarati per contro alle idee di Turgot. Malleville, Cambacérès, Tronchet le aveano combattuto con ardore pari a quello spiegato da Regnault, Treilhard, Bérenger per difenderle. In conseguenza di tal lotta fu aggiunta una disposizione a quella con cui si permetteva la stipulazione dell'interesse convenzionale

(1) *Vedi* Cass., 3 maggio 1809, 2 febbraro 1810, 5 ottobre 1813; Bruxelles, 10 genn. 1810, (Merlin, alla *parola Interessi*, § 6, n. 6; S. V., 10, 1, 205; 2, 343; 13, 1, 16).—*Vedi* intanto Troplong (n. 350); Aubry e Rau (t. III, p. 434 e 435, nota 12, 3ª ediz).

(2) *Vedi* Locrè (t. XV, p. 20 a 28); Fenet (t. XIV, pag. 433 a 449).

(3) Parole del tribuno Albisson. *Vedi* pure il rapporto di Boutteville (Locrè, t. XV, p. 50 a 63); Fenet (t. XIV, p. 462 e 473).

maggiore di quello fissato dalla legge, mercè la quale fu detto, che l'interesse potrebbe stipularsi, *purchè non sia vietato dalla legge*. Per effetto di questa riserva gli antichi pregiudizi presero il di sopra, e quindi fu soppressa e distrutta la libertà consacrata coll'art. 1907 (1779).

Difatti, tre anni e mezzo dopo la pubblicazione dell'articolo, apparve la celebre legge *sulla misura dell'interesse del danaro* (3 sett. 1807), la quale, dopo avere stabilito l'interesse legale al 5 per 100 in materia civile e al 6 per 100 in materia commerciale, dispone che l'interesse convenzionale non potrà eccedere questa misura, e stabilisce per i contravventori una sanzione civile e pene correzionali, il di cui rigore venne poscia aumentato colla legge de' 19-27 dic. 1850. La legislazione su tal punto è ancora in questo stato.

262. Così furono d'un tratto abbandonate le idee, che in varie guise si erano sviluppate nella discussione della legge, e che aveano determinato la diffinitiva redazione dell'articolo 1907 (1779). Stipulando gli interessi, si dicea, si ha riguardo ai benefizi ordinari che possono aversi secondo i mezzi d'impiego ch'esistono. Ma la speranza di tali benefizi varia secondo le circostanze; sicchè il legislatore non può prenderli a base d'una regola generale per determinare l'interesse. Quindi la legge non può essere invariabile, dovendo regolarsi sulle circostanze che sono mutabili ed incostanti (1). Dovea perciò il legislatore seguire i bisogni di ciascun tempo, considerare la natura dell'interesse, variabile come il prezzo delle locazioni e di tutte le cose su cui le circostanze possono avere influenza, e prendendo per regola siffatta variazione, mettere in rapporto la misura dell'interesse colle circostanze. Ma nondimeno, è oramai mezzo secolo che la legge del 1807 fu pubblicata, e nessuna disposizione, se ne togli i decreti del 15 e 18 gennaro 1814 che ne sospesero la esecuzione per un anno (2), ha modificato la misura dell'interesse; la quale è rimasta invariabile durante questo lungo spazio di tempo, non ostante tutte le crisi che così spesso hanno modificato le condizioni del mercato.

263. Ma nompertanto noi confidiamo nell'avvenire; il passato ce ne assicura. Egli è vero, che a giudicarne dal risultato dei tentativi tante volte fatti nelle nostre assemblee legislative per l'abrogazione di questa legge, i suoi difensori, tra cui si contano i più eminenti giureconsulti, potrebbero essere completamente fiduciosi. Nel 1836, mercè l'energico concorso del procuratore generale Dupin, quella legge trionfava nella Camera dei deputati contro i violenti attacchi di cui fu fatta segno da Lherbette. Ventisei anni dopo, nel 1862, essa trionfò di nuovo innanzi il Senato, e sempre per l'appoggio di Dupin, che per felice privilegio della natura si è trovato presente per difenderla colla stessa energia, contro la stringente argomentazione di Forcade la Roquette e Michele Chevalier (3).

Ma però d'altro canto, è certo che la legge del 1807 non è più qual'era in prin-

(1) Vedi l'opinione di Tronchet, redattore dell'art. 1907, e l'esposizione de' motivi fatta da Galli (Locrè, t. XV, p. 27 e 40); Fenet (t. XIV, p. 439 e 454).

(2) Locrè (t. XV, p. 83).

(3) *Vedi*, per queste due discussioni legislative, il *Monitore* del 10 marzo 1836 e del 30 marzo 1862. Nel 1836 l'autore della proposta discussa alla Camera dei deputati si vendicava della sua sconfitta dicendo: « che i principî di economia politica non sono i più conosciuti nel foro. » Forse gli oratori del 1862 hanno pure fatto eco a questa osservazione. Ma senza meno non avrebbe potuto esser fatta in Inghilterra contro i giureconsulti inglesi, i quali concorsero non poco, in quel paese, a rovesciare la legge che stabiliva una misura massima dell'interesse. John Egkin Howenden, tra essi, annotatore di Blackstone, dicea nel 1820: « L'opinione pubblica sembra avvicinarsi al punto, sebbene non vi sia ancora arrivata, in cui l'oro e l'argento saranno riguardati come qualunque altro genere di commercio. Quando il senso comune sarà giunto a stabilire tal semplicissima dottrina, naturalmente si considererà così assurda la fissazione di un *massimo* del prezzo d'uso del danaro, come lo è per tutt'altra merce. » (Blackstone, 18ª ediz., l. II, tit. XXX, nota 23).

cipio, perocchè giornalmente in pratica se ne restringe l'applicazione, sia per le interpetrazioni della giurisprudenza, sia pel fatto stesso del legislatore.

Ed in pria, la giurisprudenza, di cui bentosto esamineremo e discuteremo le decisioni, ha grandemente limitato l'applicazione della misura del 5 per 100 stabilita per gli affari civili, permettendo che si applicasse largamente il 6 per 100 stabilito in materia di commercio (*infra*, n. 277). Ed anzi, in materia commerciale, deroga spesso a questa misura per le operazioni le più usuali e di maggiore importanza, decidendo che il banchiere può ricevere un *dritto di commissione* maggiore del 6, e che la legge non si applica nè allo *sconto*, nè al *contratto di cambio* (*infra*, nn. 281 e seg.).

Inoltre, il legislatore medesimo ha fatto una certa transazione colla legge. Infatti, nelle colonie, ove la legge del 1807 non fu promulgata, le parti hanno piena libertà nelle stipulazioni dell'interesse convenzionale. Per l'Algeria, un'ordinanza speciale stabilì che « *la convenzione del prestito ad interesse fa legge tra le parti*, e che, in *mancanza di convenzione*, l'interesse legale in materia civile e commerciale sarà del 10 per 100 (1), » e sebbene nel 1848 fu abrogata tale ordinanza con una deliberazione del potere esecutivo, pure fu conservata la misura dell'interesse al 10 per 100 (2). Finalmente la legge del 9 giugno 1857, prorogando il privilegio della Banca di Francia, accordò a questo grande stabilimento la facoltà, « se le circostanze lo richiedano, di alzare al di là del 6 per 100 la misura dei suoi sconti e l'interesse de' suoi sborsi (art. 8). »

Queste transazioni e questi temperamenti che attaccano e reagiscono contro il principio della legge del 1807, mostrano che ogni giorno più vengono meno i pregiudizî che l'hanno fatta restare in vigore. Ci sia dunque concesso sperare che verrà finalmente giorno in cui, mettendo da banda i pregiudizî, il nostro legislatore, seguendo le orme di molte nazioni, come l'Olanda, l'Inghilterra, l'Italia e la stessa Spagna (3), che su questo punto ci han superato, renderà generale la misura adottata per il più importante de' nostri stabilimenti di credito, non estenderà a tutti la regola stabilita nell'interesse della banca di Francia coll'articolo 8 della legge del 1857, e renderà libere le convenzioni private dalla tassa obbligatoria fissata colla legge del 1807, che omai non risponde più alle condizioni del credito, alla circolazione del danaro e al movimento industriale e commerciale (a).

264. Checchè ne sia, la legge del 3 set-

(1) Ordinanza de' 7-18 dic. 1835 (Cod. Tripier, sotto l'art. 1907).

(2) Deliberazione del potere esecutivo de' 4-24 novembre 1848 (Codici Tripier, p. 1425).

(3) L'Inghilterra, seguendo l'esempio dell'Olanda, ne ha fatto per gradi la riforma colle tre, leggi del 1818, 1833 e 1837 l'ultima delle quali si deve all'iniziativa di Sir Roberto Peel; nella Spagna, la riforma data dal 1837 e dal 1857 in Italia sotto gli auspicî del conte di Cavour.

(a) Ci piace qui riportare dalla relazione del progetto del nuovo Codice civile italiano le considerazioni del guardasigilli Pisanelli intorno alla libertà dell'interesse.

« La libertà degli interessi trova fondamento non solo nei precedenti legislativi del Parlamento subalpino, ma ancora in alcuna delle legislazioni vigenti nelle altre Provincie del Regno e soprattutto nei principî di giustizia e della scienza economica.

« Il Codice parmense, il sardo e l'estense vietarono la stipulazione degli interessi oltre il saggio legale; al divieto della legge civile si aggiunse la sanzione delle leggi penali, che fecero dell'usura un reato. Ma l'esperienza ha insegnato che la legge penale non giunse mai a colpirla, e che i contratti di usura celata non furono mai tanto frequenti ed esorbitanti, quanto nei paesi dove la libertà degli interessi ebbe a trovarsi maggiormente limitata.

« Il Codice delle Due Sicilie, distinguendo l'interesse in legale e convenzionale, dichiara il primo fissato dalla legge, e riguardo al secondo soggiunge che esso potrà eccedere la misura legale, se ciò non sarà proibito dalla legge.

« Per l'osservanza di tale disposizione venne pubblicata la legge del 7 aprile 1828, colla quale fu stabilito che l'interesse in materia civile e commerciale non potesse eccedere la misura da indicarsi rispettivamente nel corso degli interessi, in ogni anno, per cura delle Camere di commercio. Quanto all'interesse legale si stabilì che dovesse venir regolato a norma dell'interesse convenzionale, colla diminuzione del quinto.

« Ma in pratica prevalse il principio della libertà

tembre 1807 è ancora in vigore nella parte non modificata da quella de' 19-27 dicembre 1850. Siffatte leggi compiono l'articolo 1907 (1779), e quindi dobbiamo commentarle, almeno in quelle disposizioni che si riferiscono al dritto civile. Eccone il testo.

Legge del 3 sett. 1807 sulla misura dell'interesse del danaro.

« ART. 1. L'interesse convenzionale non « potrà eccedere, in materia civile, il 5 « per 100 ed il 6 per 100 in materia com« merciale, il tutto senza ritenuta.

nella stipulazione degli interessi, non essendosi generalmente provveduto a norma della citata legge per fissare il corso annuale degli interessi.

« Nella Toscana non esiste legge speciale che determini la misura e la tassa degli interessi. L'antica giurisprudenza, fondandosi sulle leggi toscane del 14 aprile 1644, 3 aprile 1687 e 30 agosto 1786, aveva dichiarato usurario e punibile l'interesse stipulato in eccedenza del 12 per cento; questo limite però riguardava soltanto gl'interessi in materia civile, rimanendo libera la stipulazione in materia commerciale. Ma ogni limitazione cessò colla pubblicazione del Codice penale toscano, il quale, non avendo considerata l'usura come reato, e avendo ritenuto nei suoi motivi la libertà nella stipulazione degli interessi come una conseguenza diretta dei principî di libertà economica, rivocò implicitamente la precedente giurisprudenza che si era introdotta nelle leggi penali.

« È noto che la legge del 5 luglio 1857, colla quale fu abolita nello Stato sardo la tassa dell'interesse convenzionale, venne successivamente estesa alle Provincie delle Romagne, delle Marche e dell'Umbria.

« Il progetto avendo riprodotto questo sistema, occorre soltanto di accennare in riassunto i motivi che l'appoggiano.

« La tassa dell'interesse ha maggiori inconvenienti di tutte le altre tasse. Con essa vuol fissarsi in modo assoluto il prezzo dell'uso dei capitali, mentre il valore corrente dei medesimi, come più sopra fu avvertito, è non solamente l'effetto delle cause ordinarie che influiscono sulla domanda e sull'offerta, ma ancora dei rischi maggiori o minori che s'incontrano nell'impiego. La tassa, inoltre, nei tempi di calma è un invito ai capitalisti di tener alto l'interesse, e nei tempi di crisi diventa un ostacolo alle operazioni di credito, alla circolazione già stagnante del danaro.

« La tassa dell'interesse ripugna poi ai principî di giustizia e di pubblica economia. Non risponde ai principî di giustizia, perchè essa non ha altro scopo, se non quello d'impedire la riscossione di un interesse maggiore dell'interesse legale; ma la limitazione è ingiusta, poichè nelle diverse condizioni economiche per ragion di tempo, di luogo e di persona, la tassa legale non è un adeguato corrispettivo dei servizî che rende il capitale, nè il premio dovuto ai rischi che esso corre nella circolazione. Ripugna ai principî economici, perchè quando il prezzo legale dell'uso dei capitali è inferiore al prezzo corrente, o la legge sarà violata mediante un supplimento di premio pagato celatamente al capitalista, o i capitali restano inerti a mani del medesimo con danno di chi ne abbisogna e del commercio in generale. Siccome poi questi effetti immediati della tassa diventano più considerevoli nei tempi di crisi, quando cioè il credito trovasi scosso nelle molteplici sue relazioni, ne diventano perciò anche più gravi e perniciosi i risultamenti.

« Nè in ciò può farsi distinzione tra il commercio e l'agricoltura. Per affermare che un provvedimento possa giovare al primo e nuocere alla seconda, dovrebbe supporsi che gli interessi dell'uno e quelli dell'altra si trovino in diretta opposizione; ciò non avviene che accidentalmente, e per mancanza appunto della libertà di cui si ragiona. Quando si lasciasse sussistere la tassa legale per gli interessi civili e non pei commerciali, niuno può dubitare che, ove il commercio presentasse in determinate condizioni economiche un impiego più fruttifero, i capitali si rivolgerebbero di preferenza verso il medesimo; sicchè una minor somma rimarrebbe disponibile per l'agricoltura, la quale troverebbesi quindi gravemente pregiudicata dal sistema protezionale.

« Si fonda poi sopra un erroneo supposto la credenza, che l'abolizione della tassa legale faccia elevare in modo assoluto la misura dell'interesse, o la faccia universalmente abbassare. Lasciando libero il concorso dei capitali in impieghi più o meno fruttiferi, più o meno rischiosi, l'interesse di questi diversi impieghi sarà ordinato secondo una progressione corrispondente all'indole diversa dei medesimi. Una parte di capitali preferirà maggiore sicurezza con minore interesse, un'altra maggiore interesse con minore sicurezza. La tassa legale impedisce questa gradazione tanto naturale nelle contrattazioni, quanto indispensabile nel movimento del credito; onde contraria la facilità delle une e lo sviluppo dell'altro.

« L'affluenza di capitali verso gli impieghi più fruttiferi, ma meno guarentiti, produrrà necessariamente una reazione, per cui essi saranno di mano in mano spinti verso i meno rimunerati, ma più sicuri. Cosicchè, l'abolizione della tassa non nuocerà all'una nè all'altra specie di impieghi, ma gioverà ad ambedue.

« Riconoscendo tuttavia che le presenti condizioni economiche possono talvolta essere contrarie a coloro che prendono danaro a mutuo, fu concessa al debitore la facoltà di restituire le somme portanti un interesse eccedente la tassa legale, come già si notò parlando della rescissione della vendita. Questo provvedimento, se altera l'uguaglianza giuridica dei contraenti, è però necessario compenso all'accennata disuguaglianza economica, la quale diventa maggiore nei tempi di crisi. (*Vedi* il giornale *La Legge*, anno 1864, pag. 218 e seg.). »

« Art. 2. L'interesse legale sarà, in materia civile del 5 per 100 e del 6 in materia commerciale, pure senza ritenuta.

« Art. 3. Allorchè sarà provato che l'interesse convenzionale sia stato fissato oltre quello indicato nell'articolo primo, il mutuante sarà condannato, dal tribunale innanzi al quale si agita la causa, a restituire l'eccedente, se lo ha ricevuto, o a soffrirne la riduzione sulla sorte principale, e potrà anche, se occorre, essere rinviato davanti il tribunale correzionale per esservi giudicato in conformità dell'articolo seguente. (Modificato colla legge de' 19-27 dicembre 1850, art. 1).

« Art. 4. Ogni individuo il quale sarà imputato di abbandonarsi abitualmente alla usura, sarà tradotto avanti il tribunale correzionale, e, se sarà convinto, condannato ad una ammenda che non potrà eccedere la metà da' capitali che avrà prestati ad usura; se dal processo risulti che vi sia stato scrocco per parte del mutuante, oltre all'ammenda sopraddetta, sarà condannato al carcere per un tempo non maggiore di due anni. (Abrogato e sostituito dalla legge de' 19-27 dicembre 1850, art. 2 a 7).

« Art. 5. Nulla resta innovato per quanto riguarda le stipulazioni d' interesse con contratti o altri atti fatti fino al giorno della pubblicazione della presente legge. »

Gli art. 3 e 4 di questa legge sono stati modificati dalla legge de' 19-27 dic. 1850 relativa al delitto d'usura. Ma dei sette articoli che compongono quest'ultima legge, sei hanno per oggetto di reprimere il delitto d'usura e non hanno nulla a fare col nostro tema; un solo, cioè il 1°, vi ha relazione, ed eccone il testo: « Allorchè in una istanza civile o commerciale, sarà provato che l'interesse convenzionale sia stato fissato oltre quello stabilito dalla legge, le percezioni eccessive saranno di pieno dritto imputate, per come hanno avuto luogo, sugli interessi legali scaduti, e sussidiariamente sulla sorte principale. Se la sorte principale e gli interessi trovinsi pagati, il mutuatario sarà condannato a restituire le somme indebitamente percepite coll'interesse dal giorno in cui gli saranno state pagate. — Qualunque sentenza civile o commerciale che dichiari un fatto di tal natura, sarà trasmessa dal cancelliere al ministero pubblico nel termine d'un mese, sotto pena d' una ammenda che non potrà esser minore di sedici franchi, nè maggiore di cento. »

Così conosciuto e determinato l' attuale stato della legislazione, faremo dapprima alcune osservazioni preliminari sugli effetti transitorî della legge del 1807; in qual modo essa sia d' ordine pubblico; in qual parte sia ancora rimasto in vigore il nostro art. 1907 (1779): in seguito, cominciando il commentario delle disposizioni della legge, esamineremo la misura dell' interesse, la ragione della differenza tra il civile e il commerciale, gli oggetti a cui si applica la legge, i contratti che colpisce, le prove permesse per constatare l'usura, la sanzione stabilita contro l'usura provata e la prescrizione dell' azione che si può sperimentare contro gli usurai.

265. Noteremo in prima, che la legge del 3 sett. 1807 dispone per l' avvenire, riguardando le sole convenzioni fatte dalle parti sotto il suo impero, non mai quelle che erano in corso d'esecuzione, allorchè essa promulgavasi. L' art. 5° della legge ciò spiega formalmente, dicendo nulla essere innovato per quanto riguarda le stipulazioni d'interesse con contratti o altri atti fatti fino al giorno della pubblicazione della legge. Così, per un prestito consentito il 1° settembre 1805 cogl'interessi al 7 per cento all'anno, si sarebbero dovuti pagare gl'interessi con questa misura, non ostante che, due anni dopo, per le nuove disposizioni di legge, sia stato fissato al 5 o al 6 per 100 l'interesse legale, ed anche quello convenzionale.

266. Su ciò erasi mossa quistione, non già per gl'interessi scaduti pria della pubblicazione della legge, ma sibbene per quelli scadibili o scaduti dopo la sua promulgazione. La disposizione dell'art. 5, dicevasi, deve intendersi ispirata al principio della

non retroattività, cioè che gl'interessi scaduti pria del 3 sett. 1807 continuano a poter essere esatti giusta la convenzione. Ma quelli che scadono dopo, devono ridursi alla misura legale; altrimenti l'interesse qualificato legalmente come usurario verrebbe ad essere legittimato per la data del contratto, e ne verrebbe che la forza della convenzione la vincerebbe sulla legge, il che certamente non può essere stato nella intenzione del legislatore. Ma per l'incontro, è stato appunto intendimento della legge lasciare tutta la forza alle stipulazioni prima consentite; come sorge chiaro dall'art. 5, il quale, non solo non deroga a queste stipulazioni, ma dispone nulla essere innovato a questo riguardo, cioè che le convenzioni anteriori continueranno ad avere esecuzione. La giurisprudenza, e specialmente quella della Corte di cassazione, ha costantemente deciso che gl'interessi stipulati in un contratto anteriore alla legge del 3 sett. 1807 devono pagarsi secondo la misura convenuta, sebbene superi la legale, senza fare alcuna distinzione tra gl'interessi scaduti prima o dopo la promulgazione della legge (1).

267. Ma non può dirsi altrettanto per gli interessi risultanti da *quasi-contratti*. Duranton non vidde questa differenza, allorchè mosse acerbe censure ad una decisione della Camera dei ricorsi, che è stata giustamente difesa da Duvergier e da Troplong.

Nella specie, certo signor Ser, come *negotiorum gestor* della vedova Delpon, avea ricevuto nell'anno VII e nell'anno IX, per conto di questa signora, due somme ascendenti a 1,267 fr. Nel 1813, gli eredi della vedova Delpon lo citarono per pagare questa somma, di unita agli interessi legali. Trattavasi di affari di commercio, e poichè in quel tempo l'interesse del danaro era al 5 per 100, senza alcuna differenza per gli affari commerciali, si mosse quistione se dovessero pagarsi gl' interessi con questa misura, ovvero se, almeno quelli scaduti dopo la legge del 1807, si dovessero pagare al 6 per 100, giusta la misura fissata da questa legge per l'interesse commerciale. Il tribunale di commercio risolvette in questo ultimo senso la quistione, e quindi anche la Corte di Agen, contro la cui decisione si portò ricorso avanti la Corte suprema, per violazione dell'art. 2 del Cod. Napoleone, che consacra il principio della non retroattività delle leggi. Il ricorso fu rigettato per ragioni di una evidenza incontrastabile, sebbene la forma non ne sia felicissima (2). La legge del 1807, ch'è d'ordine pubblico, ha colpito gli individui e le cose nello stato in cui erano quando essa fu promulgata. Gli è vero che l'art. 5, derogando formalmente a questa regola, escluse dalla sua disposizione gl'interessi convenzionali stipulati *nei contratti o altri atti* fatti fino alla sua pubblicazione. Ma, nè in questo articolo, nè in altri, nulla ha detto per gl'interessi *non convenzionali* risultanti da *quasi-contratti*; questi interessi adunque restano sotto la regola comune, non essendovi ragione per estendere ad essi la derogazione consacrata dall'art. 5 (3).

268. La disposizione eccezionale dell'articolo 5 riguarda dunque i contratti ed atti anteriori alla legge del 1807. Notisi però che il mutuante ha dritto agl'interessi stabiliti nella convenzione anteriore alla legge del 1807 nei termini e per tutta la durata della convenzione, ma che per il tempo seguente non potrebbe esigere che gli interessi legali. Gioverà a tal proposito addurre qualche esempio.

Suppongasi che nel 1805 è stata prestata una somma di 10,000 fr. coll'interesse al 10 per 100 per un tempo indeterminato, per

(1) *Vedi* specialmente le decisioni del 20 febbraro 1810, 29 gennaro 1812, 21 giugno 1825, 5 marzo 1834 e 15 nov. 1836 (S. V., 10, 1, 205; 12, 1, 209; 26, 1, 301; 34, 1, 597; 36, 1, 939; Dalloz, 10, 1, 107; 12, 1, 281; 25, 1, 225; 34, 1, 153; 37, 1, 46; J. Pal., *vedi* queste decisioni alla loro data).

(2) Ric., 13 maggio 1817 (S. V., 18, 1, 225; Coll. nov., 5, 1, 316; Dalloz, 18, 1, 247; J. Pal., alla sua data).

(3) *Conf.* Duvergier (n. 312); Troplong (n. 358). *Vedi* pure Favard de Langlade (*Rep.*, alla parola *Interessi*, § 6). — Ma *vedi* Duranton (n. 612).

esempio fino al totale pagamento; è chiaro che gl'interessi saranno dovuti fino all'estinzione del pagamento de' 10,000 fr. coll'interesse del 10 per 100, non ostante che in quel mezzo fosse stata pubblicata la legge che stabilì un interesse inferiore.

Se si fosse convenuto, che i 10,000 fr. prestati il 1° gennaro 1805 avrebbero dovuto restituirsi in 10 anni, sarebbe anche indubitato che fino al 1° gennaro 1815 il mutuatario debba pagare l'interesse annuale del 10 per 100, non ostante la pubblicazione della legge del 1807; e ciò per applicazione diretta dell'art. 5 di questa legge. Ma se al 1° gennaio il mutuatario non restituisce il capitale, e ottiene una proroga, per consenso tacito o espresso del mutuante; allora puossi ben dire che gl'interessi sono dovuti, non in forza del contratto primitivo, ma per effetto di una nuova convenzione, la quale per ragion della sua data è governata dalla legge limitativa dell'interesse; e quindi gli interessi da corrispondersi al mutuante saranno quelli da questa legge stabiliti (1). Adunque, se nel caso nostro il mutuatario avesse continuato a pagare gl'interessi, dopo il 1° genn. 1815, al 10 per 100, come si era stabilito nel contratto primitivo, avrebbe dritto a chiedere la restituzione di ciò che fosse da lui stato pagato, oltre la misura fissata colla legge del 3 sett. 1807.

269. Il fin qui detto relativamente agli interessi *compensatori*, dee pure applicarsi agl'interessi *moratori*. Di guisa che, se il termine stipulato nella convenzione sia trascorso dopo la pubblicazione della legge del 1807, ed il mutuatario non abbia restituito la somma prestatagli, egli dovrebbe esser condannato al pagamento degl' interessi secondo la misura stabilita dalla legge, non ostante le stipulazioni contenute nella convenzione del prestito. La Corte di cassazione s'è pronunziata anche in tal senso in una specie in cui il debitore avea obbligo di pagare interessi, non in forza di una convenzione di prestito, ma di un contratto di vendita. In effetti, essa ha giudicato che, quando in un contratto di vendita anteriore alla legge del 3 sett. 1807, si sono stipulati gl'interessi al 10 per 100 fino ad un'epoca determinata per il pagamento del prezzo, questa stipulazione debba avere effetto sino all'epoca fissata dal contratto; di tal che, se a quest'epoca non si è pagato il prezzo, gl'interessi moratorî che son corsi dopo la legge del 3 sett. 1807 devonsi colla misura da essa stabilita (2). Siffatta applicazione è invero esattissima, poichè in tal caso, come in quello del numero precedente, si può ben dire che, spirato il termine, si sostituisce tacitamente una nuova convenzione, la quale è più un prestito che una vendita; e che quindi gli interessi dovuti al creditore in forza di tal convenzione, devono determinarsi secondo la legge del 1807, sotto l' impero della quale quella è stata conchiusa. Però resta sempre una grave quistione, cioè se, sotto l'impero di quest'ultima legge, debbasi riguardare come usurario il *contratto di vendita* in cui, vendendosi a termine la cosa, si fosse stipulato che, fino alla scadenza, il prezzo principale producesse un interesse superiore a quello legale (*infra*, n. 300).

III. — 270. Abbiamo fino ad ora parlato degli effetti transitorî della legge del 3 settembre 1807; ma prima di determinarne gli effetti attuali e diretti, è mestieri fare un'altra osservazione.

Questa legge che, come abbiamo veduto, dispone solo per l'avvenire, si applica unicamente alle convenzioni stipulate nel territorio.

Quindi, siccome è legge d' ordine pubblico solo per l'avvenire, così pure è legge d' ordine pubblico per ciò solo che si riferisce alla proibizione dell'usura in Francia, o a meglio dire della stipulazione in Fran-

(1) Bordeaux, 13 agosto 1829; Montpellier, 30 genn. 1832 (S. V., 31, 2, 47; 32, 2, 323; Dalloz, 30, 2, 45; 32, 2, 42; J. Pal., alla loro data).

(1) Ric., 13 luglio 1829 (S. V., 29, 1, 257; Dalloz, 29, 1, 298; J. Pal., alla sua data). *Conf.* Ric., 7 novembre 1825 (S. V., 26, 1, 187; Dalloz, 26, 1, 17; J. Pal., alla sua data).

cia d'interesse al di là di quello stabilito dalla legge. Con ciò vien giustificata la dottrina consacrata dalla giurisprudenza e insegnata dal più degli scrittori, per cui la stipulazione d'interesse fatta in paese straniero, con una misura eccedente l'interesse lecito in Francia, può nondimeno aver esecuzione costà, ed esser dichiarata da' tribunali francesi esecutoria, se però l'interesse convenuto non ecceda la misura permessa nel paese in cui la stipulazione ha avuto luogo (1). Notisi infatti, che l'interesse non è altro che il prezzo del rischio de' capitali; che questi rischi variano secondo le circostanze di tempo o di luogo; e che quindi la tassa legale stabilita in Francia, avuto riguardo alla condizione speciale del paese, non potrebbe far considerare come usurarie le misure maggiori fissate negli altri paesi, in diverse circostanze. Ciò è anche riconosciuto dalla medesima nostra legislazione; infatti, nelle nostre colonie, è permesso di stipularsi gl'interessi al di là della misura fissata dalla legge del 1807, applicata alla sola Francia continentale, in considerazione appunto dei maggiori rischi a cui ivi vanno incontro i capitali, (v. *sopra*, n. 263). Or, se avviene che due individui francesi, e residenti per l'ordinario nella capitale, si trovino nelle colonie o in un paese in cui per circostanze locali la misura dell'interesse ascende al 10, 12, 15 per 100; e su tali basi abbiano formato una convenzione di prestito, la legge francese dovrà rispettarla; in conseguenza, tornate le parti in Francia, potrebbero domandarne la esecuzione innanzi i nostri tribunali, i quali commetterebbero un vero eccesso di potere, contravverrebbero alla giustizia e all'autorità delle convenzioni, se rifiutassero la loro sanzione, sotto pretesto che la stipulazione, lecita nel paese ove fu fatta, fosse usuraria secondo le leggi francesi. Tutto al più potrebbero negarsi, nel caso in cui fosse provato che le parti s'erano trasferite in paese straniero per eludere la legge francese, cioè per stipulare interessi maggiori di quelli permessi in Francia. Ma, tolta questa ipotesi, per altro molto inverosimile, i tribunali devono sempre rispettare la legge straniera, sotto il cui impero si è formato il contratto, in forza del quale sono dovuti gl'interessi.

271. La giurisprudenza si è però spinta tropp' oltre, decidendo parimente quanto agl'interessi moratori. «Considerando, è detto in una decisione (2), che il biglietto che si esperimenta dalla vedova P...s. è stato soscritto all'isola della Riunione dai coniugi P..., ivi domiciliati, per essere colà pagato;— che, d'altro canto, secondo la legislazione speciale di quest'isola, non messa più in dubbio, gl'interessi legali in materia civile sono dovuti alla ragione del 9 per cento all'anno; che quindi il portatore del biglietto ha dovuto ritenere che, in caso di ritardato pagamento, avrebbe avuto dritto a domandare, in esecuzione dell' art. 1153 (1107) del Cod. Napoleone, gl' interessi fissati dalla legge, *cioè gl' interessi al 9 per 100*; che questa condizione di cose non potea innovarsi dal debitore, mutando residenza; che invano dunque i coniugi P... oppongono essere oggi residenti in Francia, e la domanda pel pagamento essere stata fatta innanzi un tribunale del continente; che questa circostanza accidentale, dipendente dalla loro volontà, non può avere alcuna influenza per fissare la misura degli interessi pagabili dopo la domanda...» Noi però non ci vorremmo spingere fino a questo punto, se non nel solo caso in cui siansi

(1) Ric., 14 mess. an. 13, 10 giugno 1857; Caen, 3 apr. 1824; Aix, 14 gennaro 1825; Bordeaux, 26 gennaro 1831; Bourges, 6 marzo 1860 (S. V., 7, 1, 1026; 59, 1, 751; 26, 2, 9 e 66; 31, 2, 78; 60, 2, 621; Dalloz, 2, 476; 59, 1, 194; 25, 2, 145; 31, 2, 89; J. Pal., 1857, p. 934; 1861, p. 695).—*Vedi* pure Proudhon (*Dritto civ.*, t. 1, p. 153); Foelix (*Dritto intern.*, t. 1, p. 232, 3ª ediz.); Massè (*Dritto comm.*, 2ª ediz., t. I, nn. 616 e seg.; 1ª ediz., t. II, nn. 131 e seg.); Troplong (n. 359); Taulier (t. VI, p. 443).—*Vedi* però Duvergier (n. 313); Garnier (*de l'Usure*, n. 73); Demangeat, sopra Foelix (*loc. cit.*, nota a).

(2) *Vedi* la decisione di Bourges dei 6 marzo 1860, citata nella nota precedente.

stipulati gl'interessi fino alla totale estinzione del capitale (1). In quest'ultimo caso infatti, può ben dirsi non trattarsi d' interessi moratori, ma d'interessi che corrono e devono continuare a correre fino al pagamento in forza della convenzione. Di guisa che, dovrà essere mantenuta la misura stabilita dalle parti, senza fare, tra gl' interessi anteriori e quelli posteriori alla domanda, alcuna distinzione che sarebbe contraria sì al testo come allo spirito della convenzione. Ma, stabilito un termine, come nella specie della decisione di cui abbiamo riferito i motivi, se il mutuatario lo lascia trascorrere senza aver rimborsato il capitale, allora, al contrario, è necessaria la distinzione. Gl'interessi dovuti dal mutuatario dopo la mora non saranno più regolati dalla primitiva convenzione, i di cui effetti son venuti meno allo spirare del termine stabilito, o al giorno della mora; ma son dovuti per ragion del ritardo e in virtù della legge. Come mai adunque i tribunali francesi, avanti cui si porterà la domanda per il pagamento, potranno accordarli con una misura che ecceda quella stabilita dalla legge francese? (*sopra*, n. 269).

272. Con più buona ragione bisognerà ugualmente tenere per regola la legge francese, se si tratti di interessi dovuti per una proroga di termine accordata, espressamente o tacitamente, in Francia, dal creditore al suo debitore, dopo scorso il termine fissato nella convenzione fatta in paese straniero. *Mutatis mutandis*, è la quistione risoluta al n. 268; ed essendo la ragione la stessa, noi rimandiamo a quanto ivi dicemmo.

IV. — 273. Faremo un'ultima osservazione pria di compiere i preliminari di questa materia: la legge del 1807 ha compiuto il nostro articolo, sebbene i suoi redattori non fossero dominati dal pensiero che avea ispirato l' articolo 1907 (1779) (*vedi sopra*, nn. 260 a 262), ma non ne ha abrogato le disposizioni. Così, sebbene la legge abbia determinato la misura dell' interesse convenzionale, che dall'articolo 1907 (1779) era lasciata all' arbitrio e alla discrezione delle parti, il mutuante non avrà dritto ad esigere gl'interessi legali, se non abbia curato di scrivere nella convenzione la stipulazione dell'interesse a suo vantaggio; infatti, nella legge del 1807 non vi ha una sola parola da cui potersi indurre l'abrogazione del secondo paragrafo dell' articolo 1907 (1779), a' termini del quale deve essere determinata in iscritto la misura dell'interesse convenzionale. Questa opinione è confermata dagli scrittori e dalla giurisprudenza (2).

274. La sola induzione che da ciò si può trarre, induzione tratta dalla giurisprudenza e dalla maggior parte degli scrittori, è di non ammettersi la prova testimoniale per una convenzione verbale d'interessi, quand'anche si tratti d'un valore inferiore a 150 franchi. Il solo Duranton si spinge più avanti, ricusando al creditore il dritto di deferire il giuramento al debitore o di farlo interrogare sul fatto della promessa d'interesse. « La legge, egli dice, ha voluto che fosse determinata in iscritto, per non dar luogo ad alcun dubbio. La promessa non fatta per iscritto si può considerare come inefficace, nel modo stesso che riguardavasi nel dritto romano la promessa d'interesse in un contratto di prestito, non fatta in forma di stipulazione ma di semplice patto... » Ma, abbiamo già detto varie volte, ed ora gioverà ripeterlo, il nostro dritto ha ripudiato queste distinzioni e queste teorie romane sui semplici patti e sulle stipulazioni. Gli art. 1905 e 1907 (1777 e 1779) del Codice Napoleone impongono la scrittura per la prova e non per la validità della stipu-

(1) *Vedi* la decis. di rigetto dei 10 giugno 1857, citata nella penultima nota.

(2) *Vedi* Rennes, 19 aprile 1811 (Dalloz, Racc. alf., 11, 343; S. V., 13, 2, 116, e Coll. nov., 3, 2, 479); Cassaz., 22 giugno 1853 (Dalloz, 53, 1, 211; J. Pal., 1854, t. II, p. 88). *Vedi* pure Delvincourt (t. III, p. 200, nota 2); Duranton (n. 598); Duvergier (nn. 253 e seg.); Troplong (n. 409); Toullier (t. VI, p. 448); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 469, nota 4). — *Vedi* pure Mourlon (t. III, p. 399).

lazione. Quindi, se la stipulazione sia provata colla confessione del debitore, alla cui buona fede avesse fatto appello il creditore, coll' interrogatorio, ecc., non vi sarebbe certo alcun motivo per non riconoscerne l'esistenza e rifiutarne a quest' ultimo il beneficio.

V. — 275. La legge del 3 sett. 1807, che passeremo ora ad esaminare nelle sue speciali disposizioni, ha, come dicemmo, compiuto l'art. 1907 (1779) del Cod. Napoleone, o, se non altro, ha effettuato la proibizione minacciata da questo articolo, quando diceva che « l'interesse convenzionale può eccedere quello fissato dalla legge, *purchè la legge non lo proibisca*.» Difatti, la legge del 1807, prendendo a base la distinzione fatta dall'art. 1907 (1779) tra l'interesse legale e quello convenzionale, ha fissato la misura che non era da questo articolo determinata, dicendo che l'interesse *legale*, in materia civile, è del 5 per 100 e del 6 in materia commerciale, il tutto senza ritenuta (art. 2); e che questa medesima tassa sia il *massimo* dello interesse *convenzionale*, tanto in materia civile quanto in materia commerciale, che non si potrà eccedere senza divenire usurario (art. 1°). Il legislatore ha tenuto presente lo stato della ricchezza pubblica, il movimento de' capitali, la circolazione del numerario, i bisogni dell'industria, le risorse della società, e quindi ha stabilito la misura del 5 e del 6 per 100 qual prezzo del servigio reso da chi presta il suo danaro e del pericolo che corre.

276. Ben facilmente dunque spiegasi la differenza stabilita dalla legge tra l'interesse civile e il commerciale. Scaccia non ci ha dato nè la sola, nè la migliore ragione nel suo adagio « *Pecunia mercatoris pluris valet quam pecunia non mercatoris*.» Essendo l'interesse il prezzo del danaro, si dovea anzi tutto aver riguardo a' rischi, che nel commercio sono senza alcun dubbio più grandi, e quindi stabilirsi il *maximum* dell'interesse commerciale ad una misura più elevata.

277. Ciò ci sarà di guida per risolvere una quistione molto disputata tra gli scrittori, e di grande importanza, se si pon mente che l'interesse del 6 per 100, sebbene stabilito dalla legge, diviene usuraio se stipulato in affari non commerciali: a quali segni possonsi distinguere le materie civili dalle commerciali, e quando si può dire che il contratto costituisca un prestito civile o commerciale? Secondo noi non ci par dubbio, dapprima per le parole usate dal legislatore, *materia* civile e *materia* commerciale, quindi e sopra tutto pel motivo stesso per cui si permise di stipulare un interesse più elevato negli affari commerciali, che, fatta astrazione dalla qualità delle parti, il carattere civile o commerciale di un prestito debba determinarsi a seconda la destinazione della somma prestata. Adunque si dirà commerciale il prestito, e l'interesse stipulato legittimamente alla misura del 6 per 100, allorchè il capitale prestato servirà per una operazione commerciale (1), quand'anche la quistione si portasse avanti il tribunale civile (2), e quand'anche non fossero commercianti nè il mutuante (3), nè il mutuatario (4). La condizione delle parti farebbe unicamente presumere, salvo prova in contrario, che l'operazione sia commerciale se il mutuatario è un negoziante, e viceversa. Ma non bisogna andare più oltre; e quindi reputiamo erronea la dottrina degli scrittori e delle decisioni, che, applicandosi alla qua-

(1) Cass., 21 aprile 1852; Bourges, 27 genn. 1857; Lione, 29 genn. 1858 (S. V., 52, 1, 511; 58, 2, 695 e 697; Dalloz, 54. 5, 447; 57, 2, 68; J. Pal., 1853, t. II, p. 439; 1859, p. 969).

(2) Ric., 1° luglio 1817 (S. V., 19, 1, 13, e *Coll. nov.*, 5, 1, 350).

(3) Liège, 24 nov. 1823; Cons. di Stato, 6 febbraro 1831; Ric., 10 maggio 1837; Besanzone, 4 luglio 1857 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 269; 31, 2, 349; 37, 1, 1008; 58, 2, 553; Dalloz, 31, 3, 56; 37, 1, 338).

(4) Cass., 7 maggio 1845 (Dalloz, 45, 1, 305; S. V., 45, 1, 644; J. Pal., 1845, t. II, p. 550). Ma *vedi* Besanzone, 15 dicembre 1855 (S. V., 56, 2, 504).

lità delle persone per istabilire il carattere dell'operazione, riguardano come commerciale il prestito fatto da un negoziante (1), e specialmente quello fatto da un commerciante ad un non commerciante, e per operazione non commerciale (2). Dicendo, in sostegno di tal soluzione, che il commerciante che presta il suo danaro avrebbe potuto ricavarne il 6 per 100, impiegandolo nel suo commercio, non si fa che condannare il sistema medesimo; poichè il commerciante che toglie dal commercio il danaro per impiegarlo in un prestito civile, lo sottrae dai rischi commerciali: nè sapremmo più comprendere con qual titolo egli possa ricevere un interesse maggiore, quando i rischi a cui va incontro sono del tutto eguali a quelli di qualsiasi altro prestatore. La Corte di Montpellier, sotto la presidenza di Calmètes (3), stabilì questo punto in una decisione, le cui considerazioni contengono la più bella dimostrazione.

278. Ciò posto, deduciamo le conseguenze della regola stabilita dal legislatore relativamente alla misura dell' interesse convenzionale.

Da un canto emerge che, entro la misura del *massimo*, la stipulazione d'interesse è lecita, legittima, e del tutto obbligatoria. Il mutuatario sarà dunque tenuto a pagare l'interesse convenuto, e, giusta l'articolo 1 della legge del 1807, *senza ritenuta*. La legge con queste parole ha pienamente innovato lo stato di cose a cui allude. Difatti, nell'antico dritto, i debitori di rendite, nel farne i pagamenti, poteano ritenerne la imposta stabilita dai re sulle rendite. Questa imposta, ai tempi di Pothier, era di tre ventesimi di rendita, più due soldi per lira, secondo quel che dice in un luogo del suo *Trattato del contratto di costituzione di rendita*, o di tre ventesimi, più quattro soldi per lira, come asserisce in un altro luogo dello stesso *Trattato* (4). Il debitore era in dritto di fare questa ritenuta; e si sarebbe riguardata come mezzo indiretto di eccedere la misura legittima qualunque stipulazione contraria. Oggi, al contrario, il mutuatario deve pagare senza alcuna ritenuta l' interesse stabilito entro la misura del *massimo* fissato dalla legge; e non può ritenerne alcuna porzione, se non vi sia una clausola speciale della convenzione.

279. D'altro canto, emerge dalla regola stabilita dalla legge, che la riscossione d'un interesse maggiore del 5 per 100 in materia civile e del 6 in materia commerciale, è esorbitante, e dà dritto al mutuatario di ripetere ciò che ha pagato di più (vedi *infra*, nn. 313 e seg.).

280. Ma a ciò debbonsi fare alcune eccezioni. Infatti, la legge del 1807 si applica solamente alla Francia continentale, essendo stato, con ordinanze speciali, permesso nei possedimenti francesi del nord dell' Africa di stipulare l' interesse del 10 per 100 tanto nel prestito civile che in quello commerciale. Nelle altre colonie francesi, non essendovi stata pubblicata la legge del 1807, le parti possono a loro talento fissare l' interesse convenzionale (*sopra*, n. 263). Però la giurisprudenza, che abbiamo già avuto occasione di esaminare (nn. 270 e 271), ha stabilito come d'uso per le materie civili l'interesse del 9 per cento, e del 10 per 100 per le materie commerciali.

(1) *Vedi* Lione, 20 novembre 1857 (S. V., 58, 2, 699; J. Pal., 1858, p. 846).

(2) *Vedi* Aubry e Rau (t. III, p. 436 e 437); Taulier (t. VII, p. 444); Troplong (n. 362).—*Vedi* pure Bourges, 14 febb. 1854; Rig., 11 marzo 1856 (S. V., 54, 2, 531; 56, 1, 729; Dalloz, 55, 2, 271; 56, 1, 407; J. Pal., 1856, t. I, p. 149; 1857, pagina 157), — Ma *vedi*, in senso contrario, un'altra decisione della Corte di Bourges dei 3 marzo 1854 (S. V., 54, 2, 234; Dalloz, 55, 2, 795; J. Pal., 1854, t. II, p. 582).—*Junge*: Cass., 5 genn. 1859, e Parigi, 2 febb. 1861 (S. V., 59, 1, 220; 61, 2, 256, J. Pal., 1859, p. 117; 1861, p. 247; Dalloz, 59, 1, 34; 61, 5, 520). *Vedi* pure Molinier (*Dritto commerciale*, t. I, p. 91, nota).

(3) Montpellier, 13 agosto 1853 (S.V., 53, 2, 469; J. Pal., 1853, t. II, p. 668).

(4) Pothier (*Trattato del contratto di costituzione di rendita*, nn. 13 e 80).

281. Oltre a questa eccezione, molte altre ne sono state dalla giurisprudenza consacrate, alcune delle quali si spiegano forse per la necessità delle cose, onde in presenza di una legge del tutto contraria ai bisogni sociali, si è sentito il bisogno nella pratica, come dicevamo nel n. 263, di ricorrere a certe transazioni, a certi temperamenti che legalmente non possono gran fatto giustificarsi. Da ciò ne è venuta la giurisprudenza sui tre contratti commerciali conosciuti sotto il nome di *cambio*, *sconto e commissione*. Da ciò quella giurisprudenza, che con un intendimento più generale, ha stabilito come principio, che la proibizione di stipulare interessi eccedenti la misura legale non si applichi alle convenzioni in cui il mutuante si assoggetta a rischi straordinarî. Queste decisioni, come accennammo, non meritano tutte di essere censurate, ma certamente molte cose non possono ammettersi.

282. Così, i tribunali hanno ammesso che i tre contratti testè nominati, il cambio, lo sconto e la commissione, non costituiscono per loro stessi un'usura, a meno che non risulti dalle circostanze che le parti sotto tal nome abbiano mascherato un vero prestito, per giungere indirettamente a stipulare un interesse eccedente la misura legale (1).

Questa soluzione è del tutto esatta, e noi l'adottiamo pienamente per ciò che riguarda il cambio, il quale consiste nel comprare un credito pagabile in un luogo diverso da quello del contratto. In compenso dello svantaggio che ne risulta, colui che riceve il biglietto ne paga il valore, deducendone una ritenuta detta *cambio*, che, variando a norma del valore comparativo del danaro ne' due paesi, può tal fiata tornare a profitto del venditore del credito, come per esempio se il danaro valga meno nel luogo del contratto che in quello del pagamento. Il cambio dunque differisce essenzialmente dall'interesse, non essendo, come quest'ultimo, il premio dei rischi e della locazione del danaro, ma sibbene il premio della rimessa da una in altra piazza. E poichè il Codice medesimo tien conto del valore del danaro variabile da una ad un'altra piazza (art. 1296 (1250), è manifesto che il cambio, sebbene assai elevato, dee distinguersi dalla usura, a cui non potrebbe assimilarsi che nel solo caso in cui le parti, sotto le apparenze d'un contratto di cambio, avessero realmente contratto un prestito.

283. Ma non può dirsi altrettanto per lo sconto e la commissione.

Lo sconto è la ritenuta che fa un banchiere o qualsiasi altro compratore di crediti, pagando anticipatamente un biglietto, sia allo stesso soscrittore che pagherà alla scadenza, sia, quando il biglietto non è presentato da colui che lo firmò, a un gi-

(1) Ric., 8 nov. 1825 (Dalloz, 25, 1, 455; S. V., 27, 1, 84); Rig., 21 dic. 1825 (Dalloz, 26, 1, 108; S. V., 26, 1, 311); 16 agosto 1828 (Dalloz, 28, 1, 385; S. V., 29, 1, 37); 19 febb. 1830 (Dalloz, 30, 1, 130; S. V., 30, 1, 273); 16 maggio 1838 (Dalloz, 38, 1, 349; S. V., 38, 1, 836; J. Pal., 1838, t. II, p. 413); Cass., 27 nov. 1843 (S. V., 44, 1, 87; Dalloz, 44, 1, 33; J. Pal., 1844, t. I, p. 21); Ric., 21 luglio 1847 (S. V., 47, 1, 797; Dalloz, 47, 1, 312; J. Pal., 1847, t. II, p. 608); 10 nov. 1851 (Dalloz, 52, 94; S. V., 52, 1, 628; J. Pal., 1852, t. I, p. 49); 5 dicembre 1854 (Dalloz, 54, 5, 174; S. V., 55, 1, 30; J. Pal., 1855, t. I, p. 238); Rig., 28 aprile 1855 (Dalloz, 55, 1, 264); 26 maggio 1855 (S. V., 55, 1, 387); 7 maggio 1844 (Dalloz, 51, 5, 494; S. V., 45, 1, 53; J. Pal., 1845, t. I, p. 131); Ric., 12 marzo 1851 (Dalloz, 51, 1, 290; S. V., 51, 1, 401; J. Pal, 1851, t. II, p. 386); 12 maggio 1852 (S. V., 52, 1, 855); 17 marzo 1862 (S. V., 62, 1, 430; J. Pal., 1862, p. 478; Dalloz, 62, 1, 236); Pau, 17 genn. 1824 (S. V., 25, 2, 66; Dalloz; 29, 2, 135); Grenoble, 16 feb. 1836 (S.V., 37, 2, 361), Dalloz, 37, 2, 81; Agen 11 mag. 1853 e 19 lug. 1854 (S. V., 53, 2, 273; 54, 2, 593; Dalloz, 54, 2, 181; 55, 2, 164); Montpellier, 13 agosto 1853 (S. V., 53, 2, 469); Nancy, 8 luglio 1858 (Dalloz, 58, 2, 185; J. Pal., 1858, p. 945); Bordeaux, 23 novembre 1860 (Dalloz, 61, 2, 61). *Vedi* pure Pardessus (p. 31 e 199); Troplong (nn. 369 e seg.); Devilleneuve e Massé (alla parola *Usura*, n. 15); Petit (*dell'Usura*, p. 31); Paignon (*Operaz. di banca*, n. 76 *bis*); Bédarride (*Dolo e frode*, n. 1153).—Ma *vedi* Chardon (*Dolo e frode*, t. III, n. 489); Frèmery (*Studi sul diritto comm.*, p. 80); Duvergier (nn. 290 e seg.).

rante che garentisce il pagamento. — La commissione è un dritto che si preleva oltre gli interessi da un banchiere, che procura dei fondi a un cliente.

La giurisprudenza e gli scrittori in generale riguardano la prima di queste operazioni come vendita di un credito futuro (1), la seconda, come una locazione di servigi aggiunta al prestito (2); ed in tal modo l'una o l'altra sfuggirebbero alle leggi sull'usura.

Ma noi non vi sapremmo vedere che un mutuo ad interesse.

284. Il mutuo ad interesse, come abbiam detto, si compone di tre elementi: una somma data; una somma uguale da restituirsi; un premio che si dà oltre a colui che l'ha consegnato. Or, nello sconto, concorrono appunto la somma data dal banchiere; l'ugual somma restituita, o garentita dal cliente; infine il premio che, invece di percepirsi, come d'ordinario, o periodicamente, o al momento della restituzione, è ricevuto anticipatamente dal banchiere appena consegna la somma. Per quanti sforzi si facciano, non si potrà mai mutare la natura dello sconto, o provare che vi manchi alcuno di questi elementi. Si dice che questa operazione costituisce al postutto una vendita di un credito non esigibile. Ma cosa è lo stesso mutuo ad interesse, se non che la vendita di un credito che il venditore personalmente s' obbliga di pagare alla scadenza? (Vedi *infra*, n. 302). Or questo appunto si avvera nella operazione dello sconto, in cui la restituzione del danaro consegnato dal banchiere è effettuata o garentita dal cliente che lo riceve; e poichè lo sconto altro non è che una varietà del mutuo ad interesse, vi si dovranno necessariamente applicare le disposizioni proibitive della legge del 1807 (3). Che anzi l' interesse, appunto perchè si paga anticipatamente, dovrebbe essere minore di quello stabilito dalla legge per non cadere nell'usura. Di ciò torneremo a parlare bentosto (*infra*, n. 292).

285. Quanto alla commissione, scorgesi di leggieri non altro essere che un interesse mascherato sotto altro nome. Quando voi togliete in prestito da un banchiere 1,000 fr. cogli interessi al 6 per 100, cioè 60 franchi per anno, più un dritto di commissione dell'1 1|2 o del 2 per 100, cioè 15 o 20 fr. di più, questo banchiere a cui date un premio di 75 o 80 fr. per il prestito di 1,000 fr., ricava dal suo danaro, dicasi ciò che si voglia, il 7 1|2 o l' 8 per 100. Ma questa misura eccedendo la legale, è usuraria; perocchè il legislatore, nello stabilire la misura dello interesse, ebbe anche in considerazione questa pretesa locazione di servigi di cui la commissione sarebbe il prezzo. Certamente, potrebbe dirsi, e si dice di fatto, che nel semplice privato questa locazione di servigi non è ben caratterizzata, mentre è propria della professione, ed è la ragion di essere del banchiere, il quale consacra alle operazioni del prestito il suo tempo, quello de' commessi, la sua casa di cui paga una forte pigione, il suo materiale, registri, oggetti mobili per uso di banche, non che i suoi fondi disponibili (4). Non tocca a noi esaminare se questo argomento sia o no buono in legislazione; è certo però che in giurisprudenza non ha alcun valore, poichè la legge del 1807 fu ispirata da unico principio, non fa distinzione di sorta, non permette di fare alcuna eccezione in favore dei banchieri o di chicchessia.

286. Infine, non possiamo nemmeno far plauso a quelle decisioni, che hanno am-

(1) *Vedi* Paignon, Bédarride, Troplong, e le decisioni delle Corti di Pau, 17 genn. 1824; Grenoble, 16 febbraro 1836, ed altre, citate nella precedente nota.

(2) *Vedi* specialmente le decisioni della Corte di cassaz. dei 7 maggio 1844, 12 marzo 1851, 12 maggio 1852, 17 marzo 1862 e della Corte di Nancy, 8 luglio 1838, citate sotto il n. 282.

(3) *Vedi* Chardon (*Dolo e frode*, t. III, n. 489); Frémery (*Studi di dritto comm.*, p. 80); Duvergier (nn. 293 e 294). — *Vedi* pure Pothier (*Usura*, n. 130, e *Vendita*, n. 575).

(4) *Vedi* Bédarride (*Dolo e frode*, t. II, n. 1135); Troplong (n. 282). — *Ma vedi* Duvergier (n. 296),

messo, anche più generalmente, non applicarsi la proibizione di stipulare gl'interessi al di là della misura legale alle convenzioni in cui il mutuante si assoggetti a rischi straordinarî (1). In tal caso i tribunali credono poter decidere secondo le circostanze; e se sembri loro che il mutuante sia stato costretto a grandi lavori, o che i fondi prestati siano stati più o meno gravemente compromessi, non esitano a mantenere, se non il premio tale quale è stato convenuto, ma almeno di valutarlo al di là della misura fissata della legge. Ma in tal modo, secondo noi, si viola apertamente la legge. Se i tribunali credono non doversi attenere alla convenzione delle parti, che non può esser libera, atteso la legge del 1807, devono però spingersi fino all'estremo; nè possono quindi determinare a piacere l'interesse ad una misura eccedente la legale, la quale per volontà del legislatore è il premio di tutti i rischi che corre il capitale, e del servigio reso da chi lo dà in prestito.

287. Certamente siffatte concessioni possono essere imposte dalla natura stessa delle cose, dalle necessità economiche, dalla quasi impossibilità di attuare la legge del 1807, e possono ritenersi come una di quelle *felici violenze* alla legge, di cui parlava un eminente magistrato rapito testè immaturamente alla scienza. Ma non dobbiamo ingannarci; esse tutte sono in urto col pensiero del legislatore, che stabilendo un *maximum* d'interesse, ne ha voluto fare una regola strettamente obbligatoria. Noi consentiamo che la legge sia per sè stessa cattiva, che è a desiderare venga abrogata; ma non spetta ai tribunali di abrogarla. Al postutto è legge, e finchè esiste, dee essere osservata, cioè rispettata nel principio e applicata nelle conseguenze.

È tempo ora di determinare gli oggetti, i fatti e le convenzioni a cui s'applica la legge del 3 sett. 1807.

VI. — 288. Secondo l'art. 1905 (1777), « è permessa la stipulazione degli interessi nel semplice mutuo, sia di danaro, sia di derrate, o di altre cose mobili. » (Vedi *sopra*, nn. 244 e seg.) Ravvicinando questo testo col disposto della legge del 1807, è nato il dubbio se questa legge regoli la misura dell'interesse così nel mutuo di derrate o altre cose mobili, come nel mutuo di danaro. Noi siamo d'avviso, col maggior numero degli scrittori (2), che la legge non si applica a' mutui di consumo che hanno per oggetto cose diverse dal danaro. In pria, sorge dal suo stesso titolo (*Legge sulla misura dell'interesse del danaro*) che essa si occupa solo dell'interesse del *danaro*, e non già di quello delle cose mobili o derrate. Quindi, esaminando i lavori preparatorî di questa legge, scorgesi non aver d'altro parlato gli oratori che dell'interesse del danaro. Finalmente, risalendo ancora più alto, trovasi la profonda distinzione fatta dagli antichi giureconsulti tra il mutuo ad interesse di danaro e quello di derrate, considerando questo come di gran lunga meno pericoloso del primo. Tutto ciò mostra chiaramente che il legislatore del 1807 non intese mai limitare la misura dell'interesse nel mutuo di derrate o altre cose mobili, e quindi che le parti sono del tutto libere, in tal prestito, di fissare a loro talento lo interesse dovuto al mutuatario. Così, per esempio, voi mi date a prestanza per un anno cinque botti di vino del valore totale di 2,000 fr., stipulando che alla fine dell'anno dovrò rendervi altre cinque botti di vino dell'identico valore, e più 200 fr. a titolo d'interesse; in tal modo verremmo a stipulare un interesse del 10 per 100

(1) Rig., 7 maggio 1844; Ric., 13 agosto 1845, 8 luglio 1851 (S. V., 45, 1, 53 e 714; 51, 1, 501; Dalloz, 51, 5, 491; 46, 1, 35; 51, 1, 240; J. Pal., 1851 t. II, p. 223).

(2) Garnier (n. 9); Dalloz (alla parola *Usura*, p. 820; Rolland de Villargues (alla parola *Prêt à Int.*, n. 20), Petit (*De l'Usure*, n. 52); Vergé e Massè, sopra Zachariae (t. IV, p 470, nota 7); Massè (*Droit comm.*, 1ª ediz., t. IV, n. 267; 2ª ediz., t. III, n. 1702); Troplong (n. 361); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 393). — In contrario, Duvergier (n. 279); Taulier (t. VI, p. 442 e 443).

all'anno, che nompertanto non sarebbe per nulla usurario; ed io dovrò pagarvi l'intera somma, senza avere il dritto di farmi restituire alcuna porzione dopochè l'avrò pagata; trattandosi d'un prestito che, per la natura della cosa prestata, non era soggetto alla regola del *maximum* stabilita colla legge del 1807.

289. Deesi dire altrettanto allorchè, invece di stabilirsi in danaro, l'interesse sia determinato in natura. Così, nell'ipotesi fatta di sopra, se si sia convenuto che alla fine dell'anno vi restituirò, oltre le cinque botti di vino d'un valore uguale a quello delle cinque botti prestatemi, o una sesta botte di vino, o una certa quantità di frumento (vedi *infra*, n. 303), la stipulazione non sarebbe per nulla usuraria, quand'anche il vino o il grano da rendersi addippiù eccedesse il *maximum* dell'interesse legale (1). Difatti, trattandosi di mutuo di derrate, non dee farsi differenza se l'interesse consista in derrate, o in danaro; avvegnachè sì nella prima che nella seconda ipotesi, la convenzione tra le parti non è dalla legge preveduta; e quindi, qualunque si sia il beneficio ottenuto dal mutuante, non è possibile riguardarlo come usura, ed applicarvi la legge del 1807 che non riguarda tal caso. Sarebbe però altrimenti se in tal modo siasi voluto nascondere un mutuo di danaro (vedi *infra*, numero 296).

VII.—290. Adunque le disposizioni della legge del 1807 riguardano specialmente il mutuo di danaro, e non solo colpiscono le stipulazioni dirette e formali d'interesse eccedente la misura legale, ma eziandio tutte le combinazioni e mezzi indiretti adoperati per procurare al mutuante un esorbitante vantaggio. Senza di ciò, la legge nulla avrebbe fatto contro l'usura, la quale, come è naturale, non si mostrerebbe francamente e palesamente. I tribunali sonosi generalmente compresi di tale necessità, e quindi, come vedremo più in là, hanno colpito l'usura non ostante tutti i travestimenti onde si è cercata di nascondere.

291. Parlammo sopra della giurisprudenza stabilitasi a proposito dello *sconto* commerciale. Gli speculatori hanno cercato trar profitto di siffatta giurisprudenza, per sè stessa così dubbia (*sopra*, n. 284), onde sostenere che in nessuna ipotesi lo sconto possa andar soggetto alle proibizioni della legge. Ecco una specie in cui si è messa avanti tal pretensione, e con qualche successo. Paolo, volendo fare delle costruzioni in un terreno da lui acquistato, e non avendo i mezzi necessarî, si rivolge a Pietro per ottenerli. Questi, accettata la proposta, negozia a Paolo molti effetti di commercio da lui stesso o da terzi firmati, e a ciascuna operazione preleva o porta ne' biglietti da Paolo sottoscritti una somma eccedente la misura legale, a titolo di sconto. Era questa senza dubbio una combinazione usuraria, e pure la Corte di Parigi era caduta nell'inganno; e fondandosi sui precedenti stabiliti a proposito dello sconto commerciale, avea deciso che le parti, avendo di propria volontà stabilito la ragion dell'interesse, il debitore non potea più ritornare sulla convenzione e chiedere la restituzione delle somme pagate al di là dell'interesse legale (2). La Corte di Parigi non vide che nella specie non altro erasi fatto che una apertura di credito; che la creazione dei biglietti firmati direttamente da colui cui si era aperto il credito, e da questi rimessi a colui che lo accreditava come condizione dell'apertura del credito, non potea far mutare il carattere della convenzione, che al postutto costituiva un vero mutuo convenzionale, o in altri termini un atto a cui di necessità dovea applicarsi la legge. E però la Corte di cassazione, cassando questa decisione che sanzionava un mezzo indiretto di procurare al prestatore un interesse usurario, ha messo le cose nel vero centro (3).

(1) *Vedi* intanto Duvergier (nn. 266 e 268).

(2) Parigi, 18 gennaro 1839 (S. V., 39, 2, 262; Dalloz, 39, 2, 40; *J. Pal.*, alla sua data).

(3) *Vedi* la decisione della Corte di Cassaz. del 27 nov. 1843; citata in nota al n. 282.

292. Questa giurisprudenza ha dato luogo ad un'altra combinazione, che consiste nel prelevare l'interesse allo stesso momento in cui si conchiude il prestito, o, secondo la frase consacrata, nel *prendere gl'interessi sulla somma mutuata;* il che non è altro che lo sconto applicato al prestito civile. Ed ecco come si conchiude questa operazione: Io vi chiedo in prestito oggi, per un anno, 1,000 fr. alla ragione del 5 per 100. Voi consentite; ma invece di darmi 1,000 fr. coll'obbligo di restituirvene altri 1,000, al termine fissato, e più 50 franchi d' interesse, vi ritenete tosto, sul capitale de' 1,000 fr. che vi dovrò restituire alla fine dell'anno, i 50 fr. che rappresentano gl' interessi; di modo che io ricevo assottigliato di questa somma il capitale che vi ho chiesto in prestito e che son tenuto a restituirvi. Gli scrittori e le decisioni hanno d'accordo riconosciuto che tal caso rientri nella proibizione della legge del 1807 (1). Difatti l'operazione è usuraria: perciocchè, essendo la somma de' 50 fr. il premio normale del godimento per un anno di 1,000 franchi, è manifesto che io pago dippiù dandovi la medesima somma di 50 fr. per i 950 che mi avete prestato; come pure che il prelevare i 50 fr. vi ha procurato un illecito guadagno, in quanto che avete ricevuto l'interesse per una frazione di 50 fr. che in realtà non avete erogato, e d'altro canto, tratto un benefizio dalla somma che vi siete ritenuta.

Che anzi noi, essendo d'avviso che lo sconto anche commerciale è una varietà del mutuo ad interesse, e che quindi è mal fondata la giurisprudenza che sottrae lo sconto dall'applicazione della legge del 1807 (*sopra*, n. 284), riteughiamo che in qualsiasi operazione di tal fatta, l'interesse, per non essere usurario, si dovrebbe fissare al di sotto della misura legale. Pagandolo con anticipazione, si dà un valore maggiore che se si fosse pagato alla scadenza, secondo è preveduto dalla legge; di guisa che si dovrebbe tener conto della differenza: e, fatto il calcolo, risulta che a un interesse del 5 per 100 corrisponde uno sconto di 4, 75, e ad un interesse del 6 per 100, uno sconto di 5, 64.

293. Passando dallo sconto alla commissione, vediamo che l'usura non si è arrestata un momento a cercare di trar profitto dalle estensioni della giurisprudenza (*sopra*, nn. 282 e seg.). Molti mutuanti, dando al contratto di prestito il colore di una operazione commerciale, hanno fatto di tutto per sottrarsi alle disposizioni della legge del 1807, e procurarsi il beneficio di una commissione al di là dell'interesse legale. Ma i tribunali hanno costantemente mandato in aria questi loro calcoli, considerando che la commissione può non essere usuraria solo quando si tratti di un negozio veramente commerciale, ma non già quando si tratta di un prestito di danaro di natura puramente civile. Invano le parti avrebbero dato al contratto la forma di un negozio commerciale, sia valendosi di lettere di cambio, o con qualsiasi altro mezzo. Spetta a' tribunali decidere, col loro sovrano dritto di estimazione, se l'operazione in tal forma sia veramente e realmente commerciale, o se ha avuto per fine di nascondere un prestito civile, di prendere un interesse maggiore ed aumentare le guarentigie del rimborso (2). Conseguentemente, ristabilendo la verità dei fatti, i tribunali hanno a buon dritto applicato a tali convenzioni la legge proibitiva del 1807.

294. Dell'ugual guisa hanno smascherato

(1) *Vedi* Agen, 12 maggio 1853 e 19 luglio 1854; Rig., 28 aprile e 26 maggio 1855 (S. V., 53, 2, 273; 54, 2, 593; 55, 1, 387; Dalloz, 54, 2, 181; 55, 2, 164; 55, 1, 264; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 668; 1856, t. I, p. 155). *Vedi* pure Chardon (nn. 485 e 486); Pardessus (t. II, n. 471); Paignon (nn. 69 e 282); Duvergier (n. 299); Bédarride (n. 1153); Marc-Arnauld (dissert. *sur le droit de comm. dû à l'occ. du prêt*, pag. 68).—Rig. 15 marzo 1854 (Dalloz, 54, 1, 119; S. V., 54, 1, 452; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 73).

(2) *Vedi* le due decisioni di Agen citate nel precedente num. — Ric., 12 marzo 1851, citata in nota sotto il n. 282. — *Vedi* pure Troplong (numero 383); Paignon (n. 98); Marc-Arnauld (p. 104).

tutti gli altri mezzi immaginati per procurare al mutuante un interesse maggiore del legale. Tra gli altri, citiamo il calcolo dell' interesse stabilito per 12 mesi di 30 giorni, cioè 360 giorni per anno, invece di 365 o 366. Su tal punto, è da notare una specie di contraddizione nella giurisprudenza, almeno in quella della Corte di cassazione, la quale, nel mentre ritiene come non usurario lo sconto e la commissione, qualunque sia il prezzo di locazione del capitale prestato, non permette poi ai banchieri questa derogazione, certo assai meno grave, alla legge del 1807; infatti, essa riguarda come usurario l'uso da essi adottato di fondare i loro conti correnti sopra un anno di 360 giorni (1). A tal rispetto la Corte di cassazione abbandona la distinzione che credètte doversi fare tra i banchieri e i mutuanti ordinari; e ben a ragione, poichè gli uni e gli altri, calcolando gl'interessi per un anno incompleto ridotto a 360 giorni, in danno del mutuatario, fan giungere il premio del danaro al di là del *massimo* stabilito dalla legge.

295. Per medesimezza di ragione, allorchè si stipuli che gl'interessi siano pagabili di sei in sei mesi o di tre in tre mesi, interpetrando rigorosamente la legge del 1807, è necessario che siano alquanto inferiori alla misura da essa stabilita (2). Su ciò si è mossa controversia, allegandosi come pruova di potersi fare il pagamento in termini periodici più corti di un anno, l'esempio dato dallo Stato che paga le antiche rendite 3 per 100 ad ogni sei mesi, e le nuove rendite convertite ad ogni tre mesi (3). Però questo esempio a nulla conchiude, perciocchè i debiti dello Stato sono regolati da leggi particolari, che poterono derogare in tal punto alla legge del 1807, come vi derogano in molti altri.

VIII. — 296. Vediamo ora a quali convenzioni, a quali contratti si riferisca questa legge.—Il moderno legislatore, più spiritualista degli antichi casisti, ha senza meno voluto comprendervi tutti i contratti che, sotto qualsiasi maschera, costituiscono *un mutuo ad interesse*, o a meglio dire tutti quei contratti in cui l'una delle parti consegna all'altra *una quantità di danaro*, che questa si obbliga restituire, di unita ad una seconda somma qual premio del servizio ricevuto.

Notisi che qui non avviene il medesimo che nel *prestito di derrate*, di cui poco fa abbiamo parlato (n. 289); in quanto che non è necessario che si consegni e restituisca il danaro in natura, bastando che gli oggetti del contratto, facili a cambiarsi in danaro, siano stati messi avanti dalle parti per mascherare la convenzione usuraria (4), e sfuggire alle proibizioni della legge del 1807, conchiudendo in sostanza un vero prestito di danaro. La Corte di cassazione ha deciso in questo senso, che una costituzione di rendita perpetua può ben reputarsi nascondere un prestito usurario, quando le annualità stipulate pagabili in derrate, messo a confronto il loro prezzo colle mercuriali, eccedano la misura dell' interesse legale, specialmente se eccedano il 9 per 100 (5). (Vedi *infra*, il commentario dell'art. 1909 (1781)).

Premesso ciò, vediamo i principali contratti che possono risolversi in un prestito usurario.

297. Seguendo l'ordine del Codice, troviamo per primo la *donazione*. Difatti può avvenire, che il mutuante richieda dal mu-

(1) Cass., 20 giugno 1848, 14 maggio 1852; Tolosa, 16 genn. 1835; Rouen, 19 giugno 1847; Parigi, 20 aprile 1848 (S. V., 48, 1, 433; 52, 1, 835; 48, 2, 311; 49, 2, 298; Dalloz, 48, 1, 433; 52, 1, 309; 48, 2, 120; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 11; 1833, 1, 491; 1838, 2, 413; 1848, 2, 10). — *Vedi* intanto Grenoble, 1 aprile 1846 (S. V., 46, 2, 460); Delamarre e Lepoitevin (*Contr. de comm.*, t. II, n. 498).

(2) Cass., 14 maggio 1850 (Dalloz, 50, 1, 157; S. V., 50, 1, 441; *J. Pal.*, 1851, t. I, 164).—*Vedi* intanto Ric., 12 marzo 1851 (S. V., 51, 1, 401; Dalloz, 51, 1, 290; *J. Pal.*, 1851, t. II, p. 388).

(3) Marcadè (t. II, p. 2ª, n. 537).

(4) Chardon (t. III, n. 15); Duranton (nn. 487 e 489); Troplong (n. 361); Petit (n. 52); Cotelle (*De l'Intérèt*, n. 79); Garnier (n. 12 e 14).

(5) Ric., 26 ag. 1846 (Dalloz, 46, 1, 357; S. V., 47, 1, 113; J. Pal., 1848, t. II, p. 323).

tuatario, come condizione del servizio resogli, una donazione di somma determinata. È chiaro che in tal modo egli si assicura un interesse mascherato; e se eccede la misura legale, il contratto dovrà senza alcun dubbio essere colpito dalla legge del 1807. La giurisprudenza ha in questo senso deciso, che quando il prestito è seguito da una qualsiasi donazione rimuneratoria da parte del mutuatario in favore del mutuante, se risulti dalle circostanze che questa donazione ha formato *condizione del prestito*, la si dovrà riunire al primitivo contratto con cui forma un tutto indivisibile; e se emerge che il mutuante ne abbia ricavato un vantaggio superiore all'interesse legale, sarà nullo per l'eccedente (1). Come si vede, in tal caso i giudici debbono determinarsi secondo le circostanze, e questa medesima giurisprudenza implica la idea che la donazione debba per contro mantenersi, se vera, indipendente dal mutuo, se per esempio trattisi di una donazione di oggetti in natura, non destinati ad essere convertiti in danaro (2).

298. La rendita costituita per mezzo dell'alienazione di un capitale deve eziandio annoverarsi tra i contratti a cui si applica la legge del 1807. Ciò è stato in ispecial modo contraddetto da Favard de Langlade, secondo il quale, la legge del 1807 deve solo applicarsi al prestito propriamente detto, e non al contratto di costituzione di rendita in cui, con l'alienazione del capitale, il mutuante ha rinunciato del tutto al diritto di esigerne il rimborso (3). Ma egli non ha posto mente che la *rendita* e il *mutuo* non costituiscono due contratti distinti; che il legislatore li ha compreso entrambi nello stesso capitolo sotto la rubrica comune: *Del Mutuo ad interesse*; e che per conseguenza, la particolarità da lui notata modifica la convenzione in quanto che nella rendita il capitale è restituito non a libito del mutuante, come nel mutuo, ma a piacere del mutuatario, ma non ne altera punto la natura e la essenza, tanto che l'articolo 1909 (1781), di cui tosto ci occuperemo, dice espressamente, dopo aver autorizzato la stipulazione d'un interesse per un capitale che il *mutuante* si obbliga di non ripetere, che « in questo caso, il MUTUO si denomina *costituzione di rendita*. » Del resto questa opinione di Favard è generalmente respinta (4). E la sarebbe anche stata nello antico dritto, poichè, quantunque allora ritenevasi la costituzione di rendita come una vendita (vedi *infra*, n. 323), e non come un prestito, pure limitavasi la misura de' frutti periodici o annualità che produceva. E la Corte di cassazione, giudicando a proposito di un'antica rendita, ha detto che il debitore potea chiedere fossero imputate sul capitale le annualità precedentemente pagate, perchè eccedevano la misura dell'interesse legale (5).

299. Dicasi altrettanto del contratto detto *mohatra* (6), ideato dai gesuiti, secondo Pascal, o a meglio dire da essi usato per mascherare il mutuo. In virtù di questa convenzione, una delle parti vende all'altra, per una data somma, per esempio per 1,000 franchi pagabili in un anno, un oggetto che il venditore tosto ricompra, o per sè stesso, o per persona interposta, per una minor somma, per esempio per 850 fr. in contanti. Senza dubbio questa convenzione contiene un prestito cogli interessi al 15 per cento per un anno; scorso il quale il compratore dovrà restituire il prezzo della sup-

(1) *Vedi* Pau, 17 genn. 1824; Bordeaux, 17 dicembre 1827 (S. V., 26, 2, 66; 29, 2, 134; Dalloz, 29, 2, 133 e 134).

(2) Pothier (*Usura*, nn. 98 e 99); Chardon (numero 515); Troplong (n. 367); Duvergier (nn. 281 a 283, 286, 287).

(3) Favard de Langlade (*Rep.*, alla parola *Intérêt*, n. 7).

(4) *Vedi* Duranton (n. 603); Duvergier (nn. 326 e 327); Petit (*de l'Usure*, p. 99 e 391); Troplong (nn. 361 e 466).—Ric., 26 ag. 1846 (Dalloz, 46, 1, 337; S. V., 47, 1, 113; J. Pal., 1848, t. II, p. 323).

(5) Cass., 31 marzo 1813 (S. V., *Coll. nov.*, 4, 1, 315; Dalloz, *Racc. alf.*, t. XII, p. 820).

(6) Chardon (n. 506); Aubry e Rau, sopra Zachariae (3ª ediz., t. III, n. 36, p. 439); Troplong (n. 364).

posta vendita, cioè 1,000 fr. per gli 850 che ha ricevuto, rivendendo immediatamente e in contanti la cosa comprata.— Bisogna convenire che i gesuiti, che fecero propria questa frode usata nel Basso-Impero per evitare le censure canoniche sul mutuo ad interesse, non diedero prova di molta immaginazione.

300. La vendita è stata in tutti i tempi adoperata per mascherare de' contratti usurari; e spesso le stipulazioni in questa forma contratte sono cadute sotto la legge del 1807. Ma non bisogna incorrere in esagerazioni.

Per esempio, io ho desiderio di acquistare una proprietà che mi va a genio; ma intanto mi mancano i fondi bisognevoli, che potrò solo avere da qui a cinque anni. Mi rivolgo adunque al proprietario, che acconsente a farmi la vendita per 80,000 fr. pagabili in cinque anni, più 8,000 fr. all'anno, o 40,000 fr. per il termine di cinque anni. Sarà questo un contratto usurario, giusta la legge del 1807? e, venuto il quinto anno, quando pagherò il mio venditore, potrò pretendere ch'e' si contenti di 100,000 franchi cioè 80,000 per il prezzo stipulato in capitale, più 20,000 che rappresentano l'interesse calcolato al 5 per 100 per i cinque anni di termine? Noi crediamo di no. La legge del 1807 ha voluto difendere e proteggere l'uomo spinto da urgente bisogno di danaro dalla cupidigia e avidità dell'usurajo, di cui dovrebbe subir la legge. Ma non è questo il caso nostro. Il compratore non ha la necessità di comprare, e quindi è in condizione di difendere e discutere i suoi interessi a fronte del venditore. Al postutto, in qualunque forma siasi stipulato, è quello il prezzo della vendita determinato dalle parti: il venditore ha domandato un prezzo di 120,000 fr. che il compratore ha consentito pagargli. Perchè mai adunque, e con qual titolo potrebbe questi pretendere di liberarsi pagandogli soli 100,000 fr.? In questo caso adunque il contratto di vendita sfugge all'applicazione della legge del 1807.

301. Non così quando trattisi di vendite sotto condizione risolutoria, e specialmente *della vendita col patto di ricompra*. Queste son sempre cadute in sospetto di favorire i contratti usurari, e talune legislazioni, specialmente quella di Ginevra, le hanno del tutto vietate. La nostra legge le permette, ma purchè siano sincere. E mancherebbero di tal carattere, se per esempio la ricompra dell'immobile non potesse farsi che ad un prezzo superiore d'assai a quello della vendita. In tal caso, vi sarebbe un mutuo ad usura combinato col pegno dell'immobile, di cui il creditore diverrebbe proprietario, se il debitore non paghi; conseguentemente dovrebbe annullarsi (1).

La forma della vendita col patto di ricompra che meglio si presta all'usura è quella che va intesa col nome di *contratto pignoratizio*. Oltre il patto della ricompra, si consente allora che il venditore divenga locatario della cosa, pagandone una forte pigione, che non è altro che l'interesse usurario del prezzo della vendita; prezzo che costituisce eziandio un mutuo fatto dal compratore al venditore colla garenzia dell'immobile, la di cui proprietà resterà presso il mutuante se non è rimborsato nel termine convenuto (2).

302. Dicasi il medesimo della vendita di un credito per un prezzo inferiore al nominale, quando si conviene che il creditore dee garentire il pagamento del prezzo alla scadenza; se la differenza tra il prezzo pagato e il prezzo nominale eccede gl'interessi

(1) Delvincourt (t. III, p. 159, nota); Duranton (t. XVI, n. 429); Troplong (*Vendita*, n. 696).—In contrario *vedi* una decisione della Corte di Parigi dei 9 marzo 1808, relativa ad un contratto dell'anno X (S. V., 8, 2, 157; *Coll. nov.*, 2, 2, 360). — *Conf.* Duvergier (*Vendita*, t. II, n. 12).

(2) Bordeaux, 7 aprile 1827; Montpellier, 25 agosto 1829 (S. V., 27, 2, 136; *Coll. nov.*, 8, 2, 355; 9, 2, 329; Dalloz, 30, 2, 153).—*Vedi* pure Aubry e Rau (t. III, p. 436).

legali che corrono dal tempo della cessione alla scadenza, si dovrà senza meno riconoscere nella cessione un prestito ad usura (1).

303. La permuta, come pure la vendita, imposte al mutuatario qual condizione del mutuo, sono mezzi usati per eludere la legge del 1807. Invero, se si combinano i due contratti in modo da procurare al mutuante, sotto il nome di prezzo di vendita o di soprappiù della permuta, interessi usurari in danaro, non bisogna esitare un momento ad applicarvi la legge del 1807. La Corte di Colmar, convinta di tal vero, annullò un contratto di permuta d'immobili che avea per unico scopo di coprire e mascherare un'operazione usuraria; e più tardi, la Corte di Parigi, in un giudizio rimasto famoso, annullò una vendita di oggetti mobili valutati per 80,000 fr., che era stata imposta qual condizione d'un mutuo, onde mascherare la riscossione d'interessi usurari, e ridusse quindi a 30,000 fr. il mutuo di 110,000 franchi (2). In simili casi, la permuta o la vendita sono mezzo ed elemento della usura.

Se però la vendita o la permuta debbano procurare al mutuante la proprietà di corpi certi, che egli ha avuto intenzione di ottenere in natura, noi crediamo non potersi vedere in tali contratti l'usura vietata dal legislatore, sia pure quanto si voglia biasimevole l'abuso che faccia il mutuante della sua condizione rispetto al mutuatario (conf. *sopra*, nn. 289 e 296); altrimenti si giungerebbe in tal modo, contro la legge, a rescindere questi contratti per causa di lesione, in tutti i casi in cui questa lesione sarebbe stata determinata dalla pressione che un creditore eserciti sul suo debitore. L'odio per gli usurari ha, secondo noi, spinto troppo oltre quegli scrittori che hanno opinato il contrario (3).

304. La locazione d'industria, unita al prestito, serve spesso a mascherare interessi usurari. Il mutuante si presenta come locatore, facendosi pagare i pretesi servigi da lui resi al mutuatario con una prestazione periodica, che altro non è che un interesse usurario accoppiato all'interesse stipulato nell'atto di mutuo. Però è stato diversamente giudicato in una specie in cui un capitalista, aprendo un credito ad un manifatturiere per l'acquisto di merci destinate alla fabbrica di costui, avea stipulato che i capitali anticipati da lui per pagare le merci sarebbero produttivi d'un interesse del 6 per 100, e più che queste merci, fatturate in suo nome da lui, mutuante, e pagate a' venditori, sebbene scelte e acquistate dal mutuatario, sarebbero soggette ad un dritto di 10 centesimi per chilogramma, oltre l'interesse convenuto: la Corte di cassazione decise che quest'ultimo dritto poteva stipularsi al di là dell'interesse legale, senza cadere nell'usura, costituendo, non un supplimento d'interesse, ma il prezzo dell'opera prestata del mutuante, il compenso de' rischi a cui andava incontro (4). Questa decisione si rannoda alla giurisprudenza, per nulla esatta (vedi *sopra*, n. 286), secondo cui il divieto di stipulare interessi eccedenti la misura legale non si applicherebbe a quelle convenzioni in cui il mutuante si assoggetti a straordinari rischi. Checchè ne sia, mettendo da lato la quistione generale di cui già parlammo (*loc. cit.*), e venendo alla specie, a noi sembra che quel pagamento sia una condizione imposta dal mutuante al mutuatario, la stessa condizione del contratto di mutuo, cioè un supplemento che, unito agli interessi stipulati al 6 per 100, co-

(1) Duvergier (n. 301); Troplong (n. 387); Agen, 28 genn. 1824 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 307). La Corte di Rouen, addì 4 dic. 1827 (S. V., 28, 2, 91; *Coll. nov.*, 8, 2, 421; Dalloz, 28, 2, 36) dichiarò che si può prestare senza usura, per servire di cauzione, titoli di rendita di cui il mutuante riceve i frutti dal Tesoro e gl'interessi al 5 per 100 dal mutuatario.—*Vedi* pure Ric., 21 giugno 1842 e 8 maggio 1844 (S. V., 42, 1, 763; 44, 1, 612; Dalloz, 42, 1, 306; 44, 1, 241, *J. Pal.*, 1842, 2, 62).

(2) Colmar, 25 marzo 1825; Parigi, 7 febbr. 1835 (S. V., 26, 2, 111; *Coll. nov.*, 8, 2, 56, 35, 2, 139; Dalloz, 25, 2, 173; 35, 2, 68).—Riom, 20 marzo 1822 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 46).

(3) Duvergier (n. 279); Troplong (n. 392).

(4) Ric., 8 luglio 1851 (S. V., 51, 1, 501; Dalloz, 51, 1, 240; *J. Pal.*, 1851, t. 1, p. 223).

stituisce una delle esagerazioni contro cui sono dirette le disposizioni della legge del 1807.

305. La società ed il prestito sono due contratti molto somiglianti, e spesso si è tentato di nascondere un prestito sotto le forme di una società. Onde poter distinguere questi due contratti, vuolsi indagare se il beneficio attribuito alla parte, per il versamento de' fondi nella cassa sociale, sia di una somma periodica fissa, o di una somma variabile e proporzionata ai profitti ottenuti. Nel primo caso vi è prestito; nel secondo società (1).

306. Noi dunque non esitiamo a vedere un mutuo mascherato nell'operazione anticamente adoperata sotto il nome *de' tre contratti*, per isfuggire alle leggi proibitive dell'interesse. Essa conchiudevasi facendo: 1° un contratto di società in cui una delle parti, il mutuatario, metteva la sua industria, e l'altra, il mutuante, il danaro; 2° un contratto di assicurazione mercè il quale il mutuatario assicurava al mutuante, lasciando parte de' benefizî promessigli, il rimborso intero della sua messa sociale; 3° finalmente, una vendita aleatoria, per cui il mutuatario comprava dal mutuante la parte de' vantaggi a costui appartenente con una determinata somma periodica. Siffatta operazione, posto che oggi si conchiudesse, dovrebbesi riguardare come usuraria, se quest'ultima somma superasse la misura legale.

307. La giurisprudenza ha ammesso come principio potersi validamente transigere su di un contratto usurario e sulla sua esecuzione. La *transazione* sarebbe adunque obbligatoria per le parti, se fatta seriamente, massime se avesse per oggetto di liberare il debitore (2). Ma se la transazione non fosse che un sotterfugio, onde favorire e mantenere le stipulazioni usurarie, o per istabilirne delle nuove, allora sarebbe nulla ed inefficace (3).

308. Da ultimo l'*anticresi* dovrà riguardarsi come un mutuo ad usura, se i frutti dell'immobile dato in anticresi siano lasciati in potere del creditore, qual compenso degl' interessi dovutigli (art. 2089 (1959)), e se il valore di tali frutti oltrepassi sensibilmente la misura degl'interessi leciti.

IX. — 309. Noi non abbiamo tutti enumerati i mezzi onde l'usura cerca sottrarsi agli altrui sguardi. La stessa giurisprudenza non ha colpito se non quelli che ha potuto, e la cui prova è stata difficile, ma possibile. La ragione si è che questi mezzi vengono adoperati dagli usurari inesperti; mentre quelli vecchi nell'arte, cioè i più arditi e più pericolosi, si servono di un altro mezzo più sicuro, che la giustizia non può colpire, perchè impossibile la pruova. Esso consiste semplicemente nello esagerare la somma scritta nella ricevuta che rilascia il mutuatario, il quale, ricevendo 100 fr., fa la dichiarazione di 120, procurando al mutuante un interesse del 20 per 100 all'anno, e forse di più, se la somma debba restituirsi un anno dopo (*vedi* n. 292). La prova della frode è allora impossibile, tanto che, per così dire, non vi ha centro di popolazione ove non sia un abile usurario, da tutti conosciuto per tale, e che non ostante delude le ricerche della giustizia e continua tranquillamente un commercio che le leggi del 1807 e del 1850 hanno reso maggiormente lucroso, assicurandogliene il monopolio esclusivo, perocchè la gente onesta, per scrupolo e per non trasgredire le leggi, e gli usurai timidi, per il timore del castigo, rifuggono dal mutuo con un interesse maggiore del legale.

310. Ma come sarà provata l'usura, quando ne è possibile la prova? In generale,

(1) *Vedi* Parigi, 10 ag. 1807; Liége, 9 luglio 1821; Cass., 17 apr. 1837; Bordeaux, 3 luglio 1860; Ric., 30 luglio 1861 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2, 288; 21, 2, 446, 37, 1, 276; 61, 2, 190; 61, 1, 789; Dalloz, 37, 1, 303; 61, 1, 425; 5, 458).

(2) Ric., 29 maggio 1828; Rig., 11 nov. 1832; Ric., 22 genn. 1833; Rig., 9 febb. 1836; Ric., 16 nov. 1836 (S. V., 28, 1, 341; 33, 1, 95, e 98; 36, 1, 88 e 960; Dalloz, 28, 1, 258; 33, 1, 6 e 137; 37, 1, 46). — Limoges, 29 dic. 1854 (Dalloz, 55, 2, 145).

(3) Ric., 22 giugno 1830 (S. V., 30, 1, 409; Dalloz, 30, 1, 367).

trattandosi di frode, è permessa qualunque specie di prova. Quindi, per provare che sotto forma di un altro contratto siasi consentito un mutuo usuraio, potranno invocarsi la pruova testimoniale e le semplici presunsioni. La Corte di Bordeaux ha giudicato in tal senso, che chi impugna come semplice pegno un contratto di vendita da lui consentito, può essere ammesso a provare con testimoni che dopo quest'atto ha pagato al compratore interessi usurari sul prezzo apparente della vendita (1).

311. Parimente, ove si alleghi l'usura, devonsi ammettere e la pruova testimoniale e le semplici presunzioni, anche contro l'esistenza di atti autentici, con cui si volesse provare che gl'interessi ricevuti dal prestatore non sorpassino la misura stabilita dalla legge. Infatti è ammesso dalla giurisprudenza, che il principio della fede dovuta agli atti autentici non può applicarsi in questa materia, di guisa che i giudici impossessati della quistione d'usura possono decidere, secondo le circostanze, che un contratto autentico contenente obbligazione non costituisca in sostanza che un mutuo usurario (2). Se però i medesimi fatti costituenti l'usura fossero in aperta e formale contraddizione colle enunciazioni dell'atto autentico, il principio della fede dovuta agli atti riprenderebbe il suo vigore, nè si potrebbero altrimenti ammettere la pruova testimoniale e le semplici presunzioni se non per mezzo della iscrizione di falso. Ciò è stato riconosciuto dalla giurisprudenza (3).

X. — **312.** E frattanto, provata l'usura, qual sanzione vi si dovrà applicare? La legge ha stabilito una doppia sanzione: da un canto l'usura può dar luogo a pene correzionali, dall'altro obbliga l'usuraio alla restituzione. La prima di queste sanzioni appartiene all'ordine penale, ed è quindi estranea al nostro soggetto. Parleremo dunque soltanto della seconda.

313. Giusta l'art. 3 della legge dei 3 settembre 1807, allorchè sarà provato che l'interesse convenzionale sia stato fissato oltre quello indicato nell'art. 1 di essa legge, il mutuante deve essere condannato, dal tribunale innanzi al quale si agita la causa, a restituire l'eccedente, se lo ha ricevuto, o a soffrirne la riduzione sulla sorte principale. Quindi, secondo i casi, l'usuraio ha obbligo o di restituire gl'interessi usurarî o di imputarli sul capitale.

314. Ma una volta riconosciuta l'usura, dovea l'imputazione ordinarsi con sentenza o avea luogo di pieno dritto? Le usure ricevute davano dritto ad interesse dal dì della domanda di restituzione, ovvero dal giorno medesimo in cui erano state pagate? La legge nulla diceva a tal rispetto; e quindi era sorta una controversia. Da una mano, alcuni scrittori e alcune decisioni ritenevano che gl'interessi delle somme ricevute con usura, e di cui ordinavasi la restituzione, si dovessero non solo dal dì della domanda, ma sibbene dal giorno in cui erano state pagate (4). Dall'altra, al contrario, la Corte di cassazione con tre successive decisioni avea giudicato, che una volta pagati gl'interessi usurarî, non potea aver luogo la compensazione di pieno dritto col debito principale, nè la imputazione di essi sulle somme legittimamente dovute; ma e la compensazione e l'imputazione non poteano effettuarsi se non dopochè il debitore avesse fatto la domanda

(1) Bordeaux, 7 apr. 1827 (S. V., 27, 2, 136; *Coll. nov.*, 8, 2, 355). — *Vedi* pure le decisioni della Corte di cassazione dei 28 giugno 1821, 3 aprile 1824, 29 maggio 1828, 18 febbraro 1829 e 2 maggio 1853 (S. V., 22, 1, 269; *Coll. nov.*, 7, 1, 427; 28, 1, 341; 29, 1, 96; 53, 1, 412; Dalloz, t. XII, p. 823; 22, 1, 170; 28, 1, 158; 29, 1. 375; 53, 1, 144; *J. Pal.*, 1853. t. I, p. 633). — *Junge*: Toullier (t. IX, n. 193); Chardon (nn. 520 e seg.); Aubry e Rau (t. III, p. 441 e nota 44); Duvergier (n. 306); Duranton (t. XIII, n. 330); Troplong (nn. 405 e 406); Garnier (p. 100).

(2) Rig., 23 dic. 1853 e 26 nov. 1858 (S. V., 54, 1, 105; 59, 1. 368).

(3) *Vedi* specialmente la decisione citata dei 28 giugno 1821.

(4) *Vedi* specialmente Montpellier, 30 dic. 1841 (S. V., 42, 2, 179; Dalloz, 42, 2, 171). — *Junge*: Chardon (t. III, n. 506); Duvergier (nn. 303 e 304).

per la restituzione, e vi fosse stata una sentenza di condanna che liquidava le somme da restituirsi (1).

La legge dei 19-27 dicembre 1850, troncando la quistione, ha adottato il primo sistema, che era stato respinto dalla Corte di cassazione. Difatti, l'art. 1 di questa legge ha deciso, che, allorchè in una istanza civile o commerciale, sarà provato che l'interesse convenzionale sia stato fissato oltre quello stabilito dalla legge, le percezioni eccessive saranno *di pieno dritto* imputate, per come hanno avuto luogo, sugl'interessi legali scaduti, e sussidiariamente sulla sorte principale; e che, se la sorte principale e gli interessi trovinsi pagati, il mutuante sarà condannato a restituire le somme indebitamente percepite, *coll' interesse dal giorno in cui gli saranno state pagate.*

XI. — 315. Ma nè la legge del 1850, nè quella del 1807, hanno risoluto un'altra importante quistione, cioè qual prescrizione possa invocarsi dall' usuraio per sottrarsi all' azione civile diretta contro di lui. Taluni scrittori fanno una distinzione: se il prestito, essi dicono, non è nascosto sotto la forma di un altro contratto, l' obbligo di restituire gl'interessi indebitamente percepiti sarà prescritto col decorso di trenta anni; se, invece, sia mentito sotto l'apparenza di una vendita, una società, o qualsiasi altro contratto, allora il mutuatario, per fare annullare l'atto o talune clausole di esso, dovrà agire nel corso di dieci anni, poichè tutte le azioni per rescissione si prescrivono in questo spazio di tempo (2).

Siffatta opinione, secondo noi, confonde la rescissione degli atti colla nullità di talune clausole pronunziata dalla stessa legge. Nel primo caso, l'atto, sebbene inviziato, è valido provvisoriamente; la parte in favore di cui la legge ne permette l'annullamento, può ratificarlo; e quindi la legge, vedendo una tacita ratifica nell'inazione di essa per dieci anni, lo rende inoppugnabile dopo questo lungo periodo. Ma quando una clausola o una combinazione con cui siasi riuscito all'usura è nulla per legge, come contraria all' ordine pubblico, nè si può validarla colla ratifica, o colla volontaria esecuzione, è evidente non potersi applicare l' articolo 1304 (1258), e la clausola vietata sarebbe sempre inefficace, quand'anche l'atto rimanesse in vigore. Adunque, per quanto tempo sia corso dal contratto, l' usuraio non potrà invocare l'atto per conservare gli interessi ricevuti senza causa; la sola prescrizione che potrà far valere è quella fondata sul principio generale che ogni azione si estingue col decorso di trenta anni (3).

316. E poichè la prescrizione comincia a correre appena nata l' azione, così nel caso nostro, tosto che l'indebito pagamento ha avuto luogo, la prescrizione correrà dalla data di ciascun pagamento, e non già dall'ultimo, come sostengono alcuni scrittori (4).

317. Arroge che, se durante la prescrizione sia pronunziata una sentenza che condanni il debitore al pagamento, questa acquisterà l'autorità di cosa giudicata, ed il debitore non potrà più essere ammesso a proporre un'azione fondata sull'usura (5).

1908 (1780).—La quietanza data pel capitale senza riserva degl' interessi, ne fa presumere il pagamento, e produce la liberazione.

(1) Rig., 9 nov. 1836; Cass., 16 gennaro 1837; Ric., 21 giugno 1842 (S. V., 36, 1, 803; 37, 1, 234; 42, 1, 763; Dalloz, 37, 1. 31 e 150; 42, 1, 306). —*Vedi* pure Troplong (n. 397).

(2) Chardon (n. 84).

(3) Troplong (nn. 398 a 401).

(4) Troplong (n. 402); in contrario Chardon (numero 530).

(5) Ric., 27 maggio 1840 (S.V., 40, 1, 620; Dalloz, 40, 1, 337; *J. Pal.*, 1840, 2, 583); 12 aprile 1841 (S. V., 41, 1, 637; Dalloz, 41, 1, 216; *J. Pal.*, 1841, t. II, p. 135); 8 marzo 1847 (S.V., 47, 1, 470; Dalloz, 47, 1, 98; *J. Pal.*, 1847, t. I, pagina 567); Bordeaux, 8 agosto 1830 (Dalloz, 55, 2. 232).—*Vedi* intanto Bourges, 2 giugno 1831 (S.V., 32, 2, 120; Dalloz, 31, 2, 248).

SOMMARIO.

I. — 318. L'art. 1908 (1780) contiene una disposizione, di sua natura, analoga a quella dell'art. 1906 (1778) di cui ci siamo sopra occupati (nn. 252 e seg.): il legislatore stabilisce qui un' altra presunzione. Però, nel mentre la presunzione dell'articolo 1906 (1778) è in favore del mutuante a cui la legge permette di ritenere gl'interessi (non usurari) che ha ricevuto, sebbene non convenuti, la presunzione dell'articolo 1908 (1780) è in favore del mutuatario, che presentando la quietanza del capitale senza alcuna riserva degli interessi convenuti, ritiensi averli pagati, e ne è del tutto liberato.

319. Questa presunzione, altronde giustissima, è fondata sopra un uso costante e sanzionato dal Codice (art. 1254 (1207)), per cui ogni creditore si fa prima pagare gl'interessi, per loro natura improduttivi e soggetti ad una brevissima prescrizione (articoli 1154 e 2277 (T, e 2183)), e non permette al debitore il rimborso del capitale se non dopo avere ricevuto la totalità degl'interessi. Così essendo, noi non possiamo ammettere, almeno in principio, la soluzione consacrata dalla Corte di cassazione in una recente decisione, nella quale ritenne che, in caso di pagamento parziale, l'art. 1908 (1780) si applica soltanto agl' interessi della parte del capitale pagato, e che la presunzione del pagamento può non estendersi agl'interessi, anche scaduti, della parte del capitale non pagato (1). Invero nella specie concorrevano circostanze particolari, che possono giustificare tal decisione. Ma in principio, essa non può ammettersi; perciocchè, anche quando una sola parte del capitale sia pagata, il creditore naturalmente la imputa prima sugl' interessi scaduti, senza differenza alcuna tra quelli dovuti per la parte non ancora pagata del suo credito e quelli provenienti dalla porzione ch'e' riceve. Infatti, così facendo, egli ne ritrae la medesima utilità che nel caso in cui il credito gli sia interamente pagato; di guisa che se la quietanza da lui fatta per un pagamento parziale sia pura e semplice, senza alcuna riserva degl'interessi, devesi a ragione supporre che non gli siano punto dovuti interessi; in tal caso devesi applicare l' articolo 1908 (1780), ch'è appunto fondato su tal supposto, e che potrà quindi invocarsi dal mutuatario non essendo per nulla restrittivo.

320. Come ben si scorge, in tuttociò noi riconosciamo sempre la influenza che possono esercitare le circostanze; e quindi ci discostiamo dalla opinione di quei scrittori, e son molti (2), i quali riguardano la presunzione stabilita dall' articolo 1908 (1780) come una presunzione legale, *juris et de jure*, che esclude assolutamente ogni prova contraria. L' art. 1352 (1306) del Codice Napoleone dichiara che non è ammessa veruna prova contro la presunzione della legge quando sul fondamento di tal presunzione essa annulla taluni atti, o *nega l'azione in giudizio*. Or, nel caso nostro, vi ha forse qualche cosa di simile? No certamente: trattasi della presunzione preveduta nel secondo paragrafo dell'art. 1350 (1304), cioè d'una semplice liberazione ri-

(1) Ric., 8 maggio 1855 (Dalloz, 55, 1, 244; *J. Pal.*, 1857, p. 864).

(2) Delaporte (*Pand. franc.*, art. 1908); Zachariae, ediz. Massè e Vergè (t. IV, p. 467, nota 3); Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 433 e nota 5); Troplong (n. 414); Taulier, (t. VI, p. 449); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 393); Boileux (t. VI, p. 429); Berriat Saint-Prix (n. 7579).

sultante da circostanze determinate; ed è proprio un voler fraintendere il significato e la estensione delle parole, quando, per comprendere questa presunzione nelle rigorose disposizioni dell'art. 1352 (1306), si dice che l'art. 1908 (1780) niega implicitamente al creditore l'azione in giudizio, dichiarando liberato il debitore. La disposizione dell' art. 1352 (1306) è assai rigorosa per sè stessa, nè vi si può supplire con semplici equivalenti; essa non può applicarsi, se non vi sia una formale disposizione che, senza equivoco possibile, nieghi l' azione in giudizio. Altrimenti saremmo costretti ad applicarla a tutte le presunzioni, le quali, se non si ammettesse la prova in contrario, riuscirebbero sempre a privare di ogni azione coloro contro cui sono stabilite (1).

321. Qui potremmo dar termine alle nostre osservazioni sul mutuo ad interesse, se il legislatore l' avesse considerato soltanto come un mutuo ordinario, che implichi la obbligazione di restituire, e non l' avesse pure considerato, come già notammo (*sopra*, n. 230), qual contratto che produca l'alienazione d' un capitale. I sei articoli che dobbiamo ancora commentare sono consacrati a questa varietà del mutuo ad interesse, indicato dalla legge sotto il nome di *costituzione di rendita.*

1909 (1781).—Si può stipulare un interesse per un capitale che il mutuante si obbliga di non ripetere.

In questo caso il mutuo si denomina *costituzione di rendita.*

1910 (1782). — Tale rendita può costituirsi in due maniere: in perpetuo, o in vita.

SOMMARIO.

I. 322. Definizione data da Pothier della rendita costituita. — 323. Secondo lui, e gli antichi scrittori, *sarebbe* una vendita di credito. *Utilità di questa definizione nello stato di cose anteriore al 1789*, *quando era proibito il mutuo ad interesse.—324. In tal modo applicavasi alla rendita* costituita *il carattere proprio della rendita* fondiaria. *— 325. Però la definizione era erronea. — 326. I compilatori del Codice*, *riguardandola dal suo vero aspetto, han considerato la costituzione di rendita come una semplice varietà del mutuo ad interesse. — 327. Questo contratto è oggi assai raro*, *essendo praticato dal solo Stato. Passaggio.*

II. 328. La costituzione di rendita in generale è sottoposta, tanto nella sostanza quanto nella forma, alle stesse regole del mutuo. Vi sono però talune differenze.— 329. Così, la rendita può essere costituita a titolo gratuito, *mentre il prestito è sempre a titolo oneroso. — 330. Così pure, essa è*, *salvo stipulazione in contrario, pagabile al domicilio del debitore. — 331. Inoltre, le rendite producono interessi, appena decorse, fossepure per meno d'un anno — 332. La differenza più importante però consiste nell' alienazione del capitale fatta dal creditore. in quanto che egli non può domandarne il rimborso*: *applicazioni.*

III. 333. Modo di acquistare la rendita: si acquista per titolo; — 334. Ma non per prescrizione. — 335. Non così nell'antico dritto; e quindi quest'ultimo modo di acquisto deve continuare ad applicarsi per le rendite anteriori al Codice.

IV. 336. Carattere delle rendite: *oggi sono riguardate mobili per determinazione della legge; — 337. Senza alcuna distinzione tra le rendite delle un tempo* fondiarie e *le costituite. — 338. Passaggio a talune regole relative alla ricompra.*

(1) *Vedi* in questo senso Toullier (t. X, nn. 31 e seg. e 54); Duranton (nn. 431 e 606); Cotelle *De l'int.*, n. 212); Duvergier (n. 260). — *Conf.* Ric., 15 luglio 1834, e Cass., 3 gennaro 1842 (S. V., 34, 1, 567; 42, 1, 329; Dalloz, 42, 1, 41).

I. — **322.** Secondo Pothier, la costituzione di rendita può definirsi: « un contratto per cui l' uno dei contraenti *vende* all' altro una rendita annuale e perpetua, di cui si costituisce debitore per un prezzo lecito stipulato tra loro, che dee consistere in una somma di danaro ch' e' riceve da lui con facoltà di poter sempre ricomprare la rendita, quando gli piaccia, per il prezzo medesimo ricevuto per la costituzione, e senza che vi possa essere costretto (1). » Siffatta definizione, esattissima nei suoi principali elementi, contiene un tratto che bisogna pria di tutto far notare, cioè l'assimilazione mercè la quale Pothier caratterizza il contratto.

323. La costituzione di rendita è veramente, come egli dice, *una vendita di credito*? Gli antichi scrittori, la cui opinione su tal punto è stata seguita da qualche scrittore moderno (2), adottavano in generale la definizione di Pothier. E bisogna convenire che, nello stato di cose anteriore al 1789, essa era di somma utilità; atteso il rigore massimo con cui proscrivevasi il mutuo ad interesse. Ma poichè è proprio della natura delle cose ricambiare servigi con servigi, e specialmente che chi rende servigio ad un altro dandogli a prestanza del danaro, si faccia pagare da chi ha ricevuto in prestito, si ricorse ad una infinità di mezzi per isfuggire alla proibizione e locare i capitali senza esporsi ai rigori della legge (*sopra*, nn. 296 a 308). Il miglior mezzo per giungere a questo scopo si fu di mascherare il mutuo col nome e la forma di un altro contratto; e tutti, e in special modo la vendita, si adoperarono a tal fine (*sopra*, nn. 300 e seg.). Or, tra le varie forme che assumea questo contratto, la costituzione di rendita fu la meno dissimulata, e la più fortunata. In sostanza, e nella verità delle cose, essa non è altro che una locazione di danaro o di capitali. Ma non si potea presentarla sotto questo aspetto, senza condannarla anticipatamente, poichè *locare* il danaro, è, al postutto, prestarlo con interesse, ed il prestito ad interesse era vietato. S'immaginò adunque di vedervi una vendita, e di porla avanti come tale; poichè, diceasi, in ogni costituzione di rendita havvi in realtà un oggetto venduto, ch' è la stessa rendita, un prezzo, ch'è la somma pagata dal debitore al creditore della rendita, un venditore, ch'è colui il quale costituisce la rendita, un compratore, ch'è colui in favore di cui si costituisce. Di tal modo, superata qualche resistenza da parte dei rigorosi canonisti, la costituzione di rendita, ben distinta dal mutuo e dalla locazione, si considerò come lecita e divenne la più in uso per impiegare i capitali.

324. Per altro, questa interpetrazione datane dagli antichi giureconsulti, oltrechè era sommamente utile, potea pure giustificarsi. Infatti, non bisogna dimenticare che, oltre la rendita detta *costituita* di cui parliamo, ve n'era un'altra, molto in uso, la *rendita fondiaria*, la quale consisteva nel dritto riservatosi dal venditore d'un fondo immobiliare, di percepire tanto dal compratore quanto da' possessori del fondo delle prestazioni annuali (*reditus*, d' onde la parola rendita). Questo dritto, secondo le idee di que' tempi non solo onorifico, ma anche pecuniario, facea indefinitamente sussistere il dritto di proprietà che un tempo aveano avuto sull'immobile il creditore della rendita o i suoi antenati, dritto che parea avesse conservato, almeno in parte, per mezzo della rendita.

Or la rendita *fondiaria* ha preceduto la rendita *costituita*, che fu in uso nel tredicesimo e quattordicesimo secolo. E le è forse servita di modello, sebbene i primi germi di rendite costituite si vogliano far risalire al dritto romano, in cui o non co-

(1) Pothier (*Tratt. del contr. di cost. di rendita*, n. 1).

(2) Troplong (nn. 422 e 423); Bugnet, sopra Pothier (*loc. cit.* e note su' nn. 2 e 3).

nobbersi o erano molto rare (1). Ad ogni modo, la rendita fondiaria avea certamente tutti i caratteri di una vera vendita; e da ciò dovettero esser mossi i giureconsulti ad attribuire gli stessi caratteri alle rendite costituite.

325. Checchè ne sia, quella definizione non lascia di essere erronea. La vendita è un contratto consensuale e sinallagmatico; la rendita, come il mutuo, è un contratto reale ed unilaterale, per confessione dello stesso Pothier (2).—La vendita contiene necessariamente, da una parte, una prestazione o un oggetto diverso dal danaro; dall'altra, un prezzo o prestazione in danaro : mentre nella rendita, come nel mutuo, le due prestazioni sono di danaro, tanto se si consideri come obbligazione principale del debitore quella di pagare le annualità, quanto se si riguardi, e più esattamente secondo noi, come principale l'obbligo di rispondere del capitale, dovuto sempre , benchè non esigibile. Tuttociò mostra ad evidenza che gli antichi giureconsulti, tratti dal bisogno di eludere le leggi che vietavano il mutuo ad interesse, eransi allontanati dalla verità giuridica, assimilando alla vendita la costituzione di rendita.

326. I compilatori del Codice, cancellato quel divieto, ritornarono in parte alla verità , considerando la convenzione di cui parliamo come una varietà del mutuo ad interesse, e lasciandole la denominazione di *costituzione di rendita* (art. 1909 (1781)); e l' avrebbero interamente raggiunto , se avessero detto, come doveano pure per il mutuo ad interesse, che fosse una varietà della *locazione* (*sopra*, nn. 221 a 229). Noi però dobbiamo anche qui seguire, come pel mutuo (n. 229), la denominazione consacrata, e, coi compilatori del Codice, definiremo la *rendita* , un mutuo in cui il mutuatario è libero di rimborsare a suo talento il capitale : il mutuante allora dicesi *creditore della rendita*; e il mutuatario, *debitore della rendita*; e gl'interessi, che come nel mutuo ordinario possono consistere o in derrate, o in danaro, chiamansi annualità.

327. Del resto, poichè le nostre leggi hanno permesso il mutuo ad interesse, le costituzioni di rendita , come è naturale , son divenute rarissime. Il solo Stato continua a fare tal sorta di prestiti, e la ragione è facile a comprendersi : lo Stato non potrebbe esser lasciato a discrezione dei suoi creditori , mentre a costoro il mutuo sotto forma di rendita non è di grande incomodo , potendo facilmente , quando vogliano, riacquistare i loro capitali, vendendo le rendite alla Borsa. Le rendite sullo Stato son soggette a leggi particolari che non è qui il luogo di commentare; noi qui ci occuperemo unicamente della costituzione di rendita tra privati, la quale , sebbene rarissima, pure alle volte si pratica.

II. — 328. La costituzione di rendita , riguardata qual semplice varietà del mutuo ad interesse, è naturalmente soggetta alle leggi del 1807 e del 1850 sull'usura (*sopra*, n. 264). Vuolsi quindi la medesima capacità tra le parti, e, in generale , devonsi seguire, sì per la forma come per la sostanza, le regole del mutuo ad interesse. — Notiamo intanto alcune differenze tra le due varietà di questo contratto.

329. E in prima, il mutuo ad interesse è sempre a titolo oneroso , ed una rendita può essere, e spesso è costituita a titolo gratuito. Ma in tal caso non è più un mutuo nel vero significato della parola; è una donazione di somma, con questa specialità , che il donatore terrà presso di sè il capitale, che a suo talento consegnerà, dovendo intanto pagarne gl' interessi. Sarà quindi necessaria, per la costituzione d' una rendita a titolo gratuito, la capacità e l'adempimento di tutte le formalità richieste per gli atti a titolo gratuito , donazioni o testamenti, e, una volta fatta la costituzione,

(1) Si trova nella novella 160 l' esempio d' una specie di rendita in vantaggio di una città.—Pel dippiù , *vedi* ciò che dice Ferd. Jacques in uno studio sull'art. 1912 (1784) (*Riv. crit.*, t. X, p. 30, e seg.).

(2) Pothier (*loc. cit.*, nn. 2 e 3).

vi si dovranno applicare le regole proprie di tali atti.

330. In secondo luogo, la rendita, anche quella a titolo oneroso, distinguesi dal mutuo in quanto che devesi seguire la regola stabilita dall'art. **1247 (1200)**, relativamente al luogo del pagamento. Sappiamo che nel prestito, per eccezione a questo articolo, il mutuatario deve restituire la cosa prestatagli nel luogo ove si conchiuse il contratto (*sopra*, n. 215). Invece, in generale, il creditore della rendita deve riceverne le annualità nel domicilio del debitore. Gli scrittori e le decisioni dicono, in questo senso, che quando l'atto costitutivo d'una rendita nulla dica sul luogo del pagamento, allora la rendita deve ritenersi *esigibile* (*querelable*), cioè dev'essere pagata nel domicilio del debitore ove il creditore deve *richiederne* il pagamento (1).

Così dev'essere, secondo noi, quando il titolo costitutivo taccia del luogo del pagamento; di guisa che le parti potranno stipulare il contrario. Ciò era molto dibattuto nell'antico dritto. Muovevasi dubbio se, in un contratto di costituzione di rendita fatto secondo la misura dell'ordinanza, potesse convenirsi che la rendita sarebbe pagabile nel domicilio del creditore; in quanto che tal convenzione poteva riguardarsi come usuraria, mettendo a carico del debitore qualche cosa al di là della misura dell'ordinanza. Nondimeno cotesta obbiezione non era prevaluta, ritenendosi che, se per far giungere il danaro nel domicilio del creditore, il debitore dovea spendere qualche cosa dippiù, non era già per una causa connaturale al contratto di costituzione, ma per la distanza della sua dimora; e quindi la convenzione era valida (2). Anche oggi sarebbe indubitatamente valida. Se dunque l'atto costitutivo, derogando all'art. **1247 (1200)**, indicasse come luogo di pagamento il domicilio del creditore, o anche la città ove egli abita, la rendita dovrebbe dichiararsi *pagabile* (*portable*) (3) nel domicilio del creditore, presso cui il debitore dovrà *corrisponderne* le annualità.

331. In terzo luogo, gl' interessi d' un mutuo non possono essere ridotti a capitale e produrre interessi che dopo un anno (Cod. Nap., art. 1154 (T)), mentre che le rendite arretrate producono interessi tosto che sono scadute, fosse anco per meno di un anno (art. 1155 (1108)).

332. Ma la principale differenza tra la rendita e il mutuo è quella indicata dall'art. **1909 (1781)**: fa mestieri che il mutuante si obblighi di non ripetere il capitale. Questa specialità deve indicarsi nell'atto di costituzione di rendita, in qualsiasi forma si voglia, purchè sia manifesta la volontà del costituente; e se potesse nascer dubbio, per essersi adoperata una formola ambigua, si supporrà che il creditore siasi riservata la facoltà di ripetere il capitale, il che implicherebbe l'idea del mutuo, non avendo voluto lasciare ad arbitrio e discrezione del debitore il tempo del rimborso, il che è proprio della costituzione di rendita. Comprendesi del resto, che in tal caso dovrà a preferenza supporsi la volontà di conchiudere un mutuo, ma non assolutamente ed esclusivamente. Diguisachè, se si fosse detto che il debitore restituirebbe il capitale *a suo talento o quando vorrà*, si dovrà, secondo le circostanze, intendere somiglianti clausole, ora nel senso d'una costituzione di rendita, ora nel senso che il rimborso debba effettuarsi alla morte del debitore. È inutile intrattenerci su queste clausole, avendone già parlato a proposito del prestito di consumo (4).

III. — 333. Nella stessa guisa del mu-

(1) *Sic* Bruxelles, 6 apr. 1808; Grenoble, 19 lug. 1827 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2, 376; 8, 2, 393; 28, 2, 178).—*Vedi* pure Pothier (*loc. cit.*, n. 124); Duvergier (n. 343); Troplong (n. 449).

(2) Dumoulin (*De usur.*, quaest. 9); Pothier (*loc. cit.*).

(3) Caen, 3 ag. 1827 (S. V., 28. 2, 140; *Coll nov.*, 8, 2, 402).

(4) Vedi *sopra*, nn. 180 e seg. — *Junge*: Ric., 28 vendemm. ann. XI (S.V., *Coll. nov.*, 1, 1, 707); Parigi, 14 prat. an. XIII (S.V., 5, 2, 570; *Coll. nov*, 2, 2, 58); 3 dic. 1816 (S. V., *Coll. nov.*, 5, 2, 454); Nancy, 24 maggio 1819 (decisione inedita riferita da Troplong, n. 431).

tuo, la costituzione di rendita si stabilisce con una scrittura che deve esprimerne le condizioni: soprattutto fa di mestieri, che vi sia fissata la misura delle prestazioni, in conformità degli articoli 1905 e 1907 (1777 e 1779) *.

334. Nell'antico dritto, poteva stabilirsi e si stabiliva qualche volta, anche in petitorio, senza il titolo primitivo, per mezzo di semplici atti che provassero la prestazione de' frutti per lo spazio di trenta anni (1). Dovrà anche oggi ammettersi questa maniera di acquistar la rendita per mezzo della prescrizione? Si potrà accordare a colui che, senza presentare alcuna scrittura, provi che per il corso di trenta anni di seguito ha ricevuto a titolo di rendita una determinata somma periodica, il dritto ad averscne il capitale ragguagliando l' interesse al 5 per 100? La quistione è controversa; ma noi non esitiamo un momento a decidere del no. Il creditore della rendita non ha un possesso materiale, ma un quasi possesso. Or, nello stato attuale della nostra legislazione, il dritto di servitù è il solo che possa acquistarsi per il quasi possesso; e vuolsi anche che sia continuo ed apparente. Ma poichè il dritto ad una rendita non riunisce alcuna di tali condizioni, non potrà dunque acquistarsi per mezzo della prescrizione (2).

335. Con ciò però non intendiamo che non possa anche oggi agitarsi innanzi ai tribunali, e decidersi anche per l' affermativa, la quistione di fatto, cioè se siansi adempiute le condizioni per prescrivere una rendita. Difatti, è stato deciso dalla Corte di cassazione, che, mancando il titolo originale d' una rendita dovuta allo Stato qual rappresentante di un emigrato, la pruova dell'esistenza di questa rendita risulta a sufficienza dal fatto, provato coi registri dell' amministrazione, che le annualità della rendita siano state dal debitore per un lungo spazio di tempo volontariamente pagate allo Stato (3). Ma nella specie trattavasi di un dritto anteriore al Codice, e quindi dovea esser soggetto, quanto al modo d'acquisto, alle regole fissate dalla legislazione sotto l'impero della quale era nato.

È stato anche deciso, nel medesimo senso, e non meno giustamente, che una rendita anteriore al Codice Napoleone può, secondo le circostanze e giusta l'antico dritto, essere stabilita con una semplice ricevuta, quand'anche non riferisca il tenore del titolo primordiale, come è richiesto dall'articolo 1337 (1291) (3).

IV. — 336. Darem termine alle spiegazioni su questo articolo, determinando il carattere della rendita. A tal rispetto il Codice Napoleone consacra o piuttosto conferma una notevole derogazione alle regole dell'antico dritto.

Il desiderio di distinguere più che fosse possibile la rendita dal mutuo ad interesse, avea spinto dapprima gli antichi giureconsulti a considerare tutte le rendite come fondiarie. Le rendite costituite erano tollerate mercè una finzione che le facea riguardare come prezzo d' un immobile, quantunque realmente l'immobile venduto fittiziamente restasse nel patrimonio del creditore della rendita. Non potea quindi acquistare una rendita chi non avea immobili; e spingendo fino all' estremo tal finzione, poneansi le rendite costituite nella classe degl'immobili, ove già si comprendevano le rendite fondiarie come dritti reali immobiliari.

In seguito, il vero carattere delle rendite costituite fu più esattamente giudicato; ma non si volle toglier loro quello consa-

(*) Pel contratto di annua rendita costituita non è di essenza la scrittura, ma lo è solo per la pruova. Corte Supr. di Napoli, 1 luglio 1824.

(1) Pothier (nn. 158 e seg.).

(2) *Sic* Duvergier sopra Toullier (t.V, n. 102, in nota); Duranton (t.XXI, n. 99).—*Vedi* in contrario Toullier (t.IX, nn. 100 e seg.); Delvincourt (t. III, p. 412, nota 3); Vazeillé (*Prescriz.*, t, I, n. 359); Troplong (n. 451, e *Prescriz*, t. I, n. 179).

(3) Cass., 1 luglio 1829 (S. V., 29, 1, 310; *Coll. nov.*, 9, 1, 321; Dalloz, 29, 1, 284; *J. Pal.*, alla sua data).

(4) Ric., 3 e 16 giugno 1835 (S. V., 35, 1, 324 e 621; Dalloz, 35, 1, 235 e 306; *J. Pal.*, alla loro data).

crato dall'uso, e quindi continuarono a riguardarsi come immobili fino alla legge degli 11 brumajo anno 7, che ne determinò il vero carattere dichiarandole dritti mobiliari. Il Codice Napoleone ha sanzionato tale disposizione, dichiarando pure mobili, per determinazione di legge, le rendite perpetue o vitalizie, tanto sullo Stato, quanto su' particolari (art. 529 (452)), e regolando le condizioni della loro ricompra o rimborso.

337. Però, il Codice non ha conservato l'antica distinzione tra le rendite *costituite*, o acquistate coll'alienazione d'un capitale, e le rendite *fondiarie*, cioè il *dritto reale* ritenuto sopra un immobile alienato. Oggi ancora le rendite possono avere per principio, sia un mutuo o l'alienazione d'un capitale, sia una vendita o l'abbandono d'un immobile; ma, in ogni caso, esse costituiscono dritti mobiliari ed eminentemente redimibili. Nondimeno, tra queste due specie di rendita, vi sono, per altri aspetti, delle notevoli differenze (*infra*, nn. 358 e seg.).

338. Pria di tutto rivolgeremo la nostra attenzione alle regole relative alla ricompra, nel caso in cui la rendita sia costituita in perpetuo, cioè in uno de' modi indicati dall'art. 1910 (1782).

1911 (1783). — La rendita costituita in perpetuo è essenzialmente redimibile.

Possono soltanto le parti convenire che non si riscatterà la rendita, prima di un termine, il quale non potrà eccedere dieci anni, ovvero senza che ne sia anticipatamente avvertito il creditore nel termine da esse determinato *.

* In Sicilia, pria della pubblicazione delle nuove *leggi civili*, conoscevansi varie specie di rendite o censi.

Dicevasi censo *riservativo* la rendita che il venditore riservavasi sopra un fondo qualsiasi, sia urbano, sia rustico. *Consegnativo* dicevasi la rendita costituita sopra un fondo rustico od urbano per un capitale affidato: questa rendita in sostanza rappresentava il frutto effettivo del danaro. Dicevasi rendita *vitalizia* quella che si costituiva per tutta la vita d'una persona determinata. *Rendita o censo enfiteutico* dicevasi quella prestazione che l'enfiteuta di un fondo era tenuto pagare al domino.

La vendita della rendita annuale, o del censo come dicesi, che fu primamente approvata da Re Martino, venne in Sicilia dalla Spagna.

Il papa Nicolò V, colla sua notissima Bolla di ottobre 1451, emanata a richiesta di Re Alfonso di Aragona, a fin di evitare l'usura che commettevasi col prestito ad interesse, vietò il prestito ad usura, e permise potersi costituire censi non solo sulle proprietà, ma eziandio sopra ogni maniera di emolumenti e di entrate, purchè non si eccedesse il 10 per 100, abilitando a potere riscattare le cose obbligate, restituendo il danaro ricevuto.

Re Alfonso fè pubblicare questa Bolla sì in Napoli che in Sicilia, e prescrisse che simiglianti contratti fatti in pubblici strumenti avessero pronta esecuzione, senza che alcun incidente potesse arrestarla, fosse pure eccezione di nullità, di falsità o altra di simil natura, e si potesse inoltre in forza di quelli strumenti procedere contro le persone e le cose non solo del principale obbligato, ma e anche dei fidejussori, ai quali era perfino negato il beneficio di *escussione*.

I *censi* in tal modo costituiti si dissero *bollari*, ossia giusta la Bolla, e in Sicilia si confusero anche coi contratti di *soggiogazione*, che equivalgono a prestito determinato e indeterminato, portante costituzione di rendita sopra beni fondi o altri beni o rendite.

Per questa bolla di Nicolò adunque i Siciliani vendevano e comperavano annue rendite senza il menomo scrupolo. Però l'editto proposto da Pio V nel 1569, che prescriveva novelle condizioni alla compra vendita delle rendite, turbò la pubblica coscienza, tanto che lo stesso sommo Pontefice, ad istanza del maestro portulano Ottavio Spinola, che per questo era stato deputato a lui dal Regno, stimò acconcio spiegare e dichiarare il suo editto. Ma riescita anche inefficace a serenare gli animi siffatta interpretazione, fu mandato l'Arcivescovo di Palermo al Pontefice Gregorio XIII dai deputati del Regno, onde ottenere la conferma della bolla di Nicolò V. E questa conferma si ebbe nell'anno 1574 (*Pramm.* 1ª, tit. 46, tom. II).

L'interesse del capitale pagato per lo acquisto della rendita, che da principio non poteva eccedere il 10 per 100, fu per una legge di Filippo II dell'anno 1623 ridotto al 5 per 100 per anno. *Pramm.* 2. tit. 46, tom. II.

Pubblicatesi le novelle leggi civili, sorse il dubbio se la disposizione dell'art. 1784 per cui il debitore di una rendita costituita in perpetuo può essere tenuto al riscatto cessando per due anni di adempiere ai suoi obblighi, fosse applicabile agli antichi contratti di soggiogazione. I creditori chiedevano si osservasse quella disposizione che ritenevano unica loro guarentigia; per altro dicevano sarebbe tornato utile alla pubblica economia di Sicilia il porre in circolazione per via di vendite giudiziarie, una ingente massa di beni che sotto il peso dei

SOMMARIO.

I. — 339. Per principio, la rendita costituita in perpetuo è essenzialmente e sempre redimibile. Ciò come conseguenza naturale della regola che riguarda la costituzione di rendita come una varietà del mutuo ad interesse, mentre la facoltà del rimborso è di dritto comune. Invero non potrebbe ciò comprendersi, almeno in puro dritto, ammettendo l' idea che la costituzione di rendita sia una vendita di credito fatta dal debitore al creditore, poichè allora il rimborso costituirebbe una *ricompra*

debiti giaceva abbandonata e quasi senza valore. Per l'incontro, i debitori allegavano che la vendita dei loro beni sarebbe loro riuscita grandemente pregiudizievole, contraria alla natura del contratto e dannosa alla stessa economia pubblica.

Con un decreto del 30 luglio 1823, il Re si riserbò di emanare un atto legislativo tendente a regolare la rescindibilità delle soggiogazioni (in Sicilia) stipulate pria della pubblicazione del nuovo Codice per causa di annualità non pagate. Sino alla pubblicazione di quell' atto, per le soggiogazioni precedenti alla pubblicazione del nuovo Codice, fu sospesa transitoriamente l'applicazione del num. primo dell'art. 1784 del Codice, rimanendo i numeri 2 e 3 dello stesso art. nella loro piena osservanza.

Seguì poi il decreto del 1° febbraro 1824, di cui ci piace riferire il preambolo : « Considerando che la maggior parte dei fondi di Sicilia, attesa la feudalità e i vincoli di maggioraschi e fedecommessi ai quali eran soggetti, si trovavano gravati di una immensa mole di soggiogazioni superiore alla proporzione ordinaria delle estensioni ipotecarie. Che per la giurisprudenza adottata prima della pubblicazione del nuovo Codice, il capitale delle soggiogazioni non era ripetibile nel caso che non si fosse soddisfatto agli annui interessi. Che per l' abolizione della feudalità, dei maggiorati e dei fidecommessi, resi liberi tutti i fondi ipotecati alle soggiogazioni, se si desse luogo alla indicata disposizione del Codice civile, dovendo per necessità esporsi in vendita a un tempo una gran massa di fondi, il valore delle terre sarebbe notabilmente depreziato con grave danno della economia in un paese essenzialmente agrario.

Per siffatte considerazioni fu disposto :

La rescissione de' contratti di soggiogazioni anteriori al dì 1° sett. 1819 per la non eseguita soddisfazione delle annualità decorse, non potrà aver luogo nei nostri domini di là dal faro durante un biennio da cominciare a correre dal 1° giorno del mese di marzo 1824. Terminato il biennio, la rescissione delle soggiogazioni anzidette potrà aver luogo per l'inadempimento dell' obbligo del pagamento pel corso di due anni, come nelle rendite costituite, alle quali le soggiogazioni enunciate rimangono assimilate per tutti gli effetti legali determinati nelle leggi vigenti.—Furono abilitati i debitori a soddisfare i capitali delle soggiogazioni medesime, e le annualità decorse a tutto ag 1821 (termine che venne poi prorogato da posteriori decreti) colla vendita o assegnazione di una quantità dei loro beni rustici, ed anche urbani, col consenso dei creditori, in valore corrispondente, servendo di base la rendita dei fondi coacervata per venti anni decorsi dal 1° sett. 1786 a tutto ag. 1806, accordando inoltre gli effetti del verboregio e dello scudo di perpetua salvaguardia agli acquirenti o assegnatari dei fondi medesimi.

che non potrebbe aver luogo senza il consenso del creditore, non potendosi niuno obbligare a vendere ciò che gli appartiene: quindi i nostri vecchi giureconsulti francesi, conseguenti al sistema che facea riguardare come vendita la costituzione di rendita, aveano dichiarato irredimibile la rendita, quando non vi fosse il consentimento del creditore.

340. Però, la logica avea dovuto cedere il campo per l'intervento della Chiesa, ben a ragione commossa della deplorabile condizione de' debitori di rendita; per cui, sotto la influenza d'una bolla papale (1), si ammise, restando sempre l'idea di vendita, che « il debitore che avea costituito la rendita, e i suoi successori, potrebbero sempre ricomprare la rendita e liberarsene, restituendo al creditore la somma pagata come prezzo della costituzione (2). » Era questa la regola, almeno per le rendite costituite; mentre quelle *fondiarie* (le quali, sotto questo aspetto, sono state oramai assimilate alle altre dalla legge 18-29 dicembre 1790 e dall' art. 530 (453) del Codice Napoleone), rimasero irredimibili per principio, salvo al debitore il dritto di liberarsi dell'obbligazione di pagarne le annualità, abbandonando l'immobile, o, secondo la espressione consacrata, facendone il rilascio.

Checchè ne sia, il nostro articolo ha accordato al debitore la medesima facoltà di ricomprare la rendita, sottoponendola a condizioni che fa di mestieri determinare.

II. — 341. Il debitore non può essere ammesso ad esercitare la ricompra, o a meglio dire a rimborsare a suo talento il capitale, se la rendita non sia costituita *in perpetuo*. Se la rendita sia costituita a termine, per esempio, se si sia stipulato che il capitale debba esigersi in un certo spazio di tempo, il contratto, non ostante la sua denominazione, sarebbe un vero prestito, e il mutuatario resterebbe obbligato a pagar gl' interessi fino al termine stabilito nella convenzione, non potendo pria di questo tempo restituire il capitale contro la volontà del creditore.

Deesi però eccettuare il caso in cui il termine stipulato sia talmente lontano, da potersi ritenere che il creditore siasi assolutamente interdetto di esigere il capitale: la convenzione allora dovrebbe a buon dritto riguardarsi come producente una costituzione di rendita in perpetuo, e quindi applicarvisi l'art. 1911 (1783). Ricordiamo a tal proposito l'art. 1 della legge de' 18-29 dicembre 1790, che considera come perpetue, e quindi redimibili, le rendite stabilite per più di 99 anni, o sopra la vita di più di tre persone.

342. La facoltà concessa al debitore di ricomprare la rendita col rimborso del capitale, se non interdetta, può essere almeno limitata dalla convenzione. Nell' antico dritto, le rendite costituite erano così essenzialmente considerate come redimibili, che ritenevasi nulla qualunque clausola contraria con cui si proibisse il riscatto, anche temporaneamente. Meno rigoroso il nostro Codice, come vedesi dal nostro articolo, concede al creditore di rendite che voglia, mediante la rendita, fare un impiego durevole, di stipulare che la rendita sarà irredimibile per uno spazio di dieci anni, o che il debitore non potrà effettuare il riscatto senza averne dato notizia al creditore anticipatamente, nel termine tra di loro stabilito: però questa convenzione non potrebbe farsi per un tempo più lungo. Se avesse luogo, la convenzione non sarebbe certamente nulla, nel senso che non possa opporsi al debitore che pretende esercitare immediatamente il riscatto; ma dovrebbe restrignersi al termine legale di dieci anni, scorso il quale, il debitore potrà a suo talento redimere la rendita (3).

343. L'esercizio della ricompra è subordinato alla offerta fatta dal debitore del totale pagamento di ciò ch'ei deve al creditore in capitale ed annualità scadute, calcolate alla

(1) Bolla di Pio V, anno 1570.
(2) *Vedi* Pothier (*loc. cit.*, nn. 51 e seg.).

(3) Duranton (n. 611); Duvergier (n. 333); Troplong (n. 440).

ragione legale del 5 per 100. Trattandosi di rendita in natura, la misura del riscatto, quando le parti non abbiano stabilito il capitale, è regolata dall' art. 2, tit. III, della legge de' 18-29 dicembre 1790, la quale, ancor oggi in vigore, si applica non solo alle rendite costituite pria della sua data, ma eziandio a tutte le rendite in natura posteriormente costituite. Perlocchè il rimborso deve calcolarsi sopra un capitale ragionato coll'interesse all'un per 25, oltre il decimo, cioè al 27 e 1|2, in altri termini, alla ragione del 3,7 per 100 circa (1).—Trattandosi di rendite appartenenti a minori, bisogna anche riferirsi alla medesima legge, ai termini della quale (art. 4, tit. II) i tutori non possono effettuare la ricompra d' una rendita dovuta al pupillo se non coll' obbligo del reimpiego (2).

344. In qualunque ipotesi, il debitore deve offrire il pagamento totale. Non potrebbe essere ammesso a rimborsare in parte la rendita, se non vi sia espressamente autorizzato da una clausola del contratto. I giudici non potrebbero nemmeno, sebbene l'art. 1244 (1197) del Cod. Nap. ne dia loro la facoltà in modo generale, accordare dilazione al debitore, e dividere i pagamenti ch'ei deve fare al creditore della rendita. Infatti, questo articolo esorbitante del dritto comune è scritto specialmente per il caso in cui il debitore sia citato dal creditore per il pagamento. Non potrebbe quindi applicarsi al caso in cui il debitore sia libero di pagare quando voglia.

III. — 345. Ma si potrà anche escludere, come inapplicabile al caso del rimborso d'una rendita, la disposizione dell'articolo 1220 (1173), secondo il quale i debiti dividonsi di pieno dritto tra gli eredi? Si dovrà dunque obbligar l'erede che desidera meglio rimborsare la rendita che pagarne i frutti, a mettersi d'accordo co' suoi coeredi per l' intero rimborso? Ovvero potrà egli eseguirlo per la sua parte? La quistione è molto dibattuta. La era pure nell'antico dritto, in cui pareva generalmente adottata la prima opinione, seguita da Dumoulin e da Pothier (3).

Non bisogna obliare che gli scrittori di quei tempi vedeano, nel rimborso della rendita, una ricompra forzata; e quindi non bisogna far le meraviglie se cercarono di alleviare, la condizione del rivenditore permettendogli se non altro di esigere per intero il prezzo della ricompra. Questa medesima idea ha fatto oggi stabilire, in materia di espropriazione per causa di utilità pubblica, che i proprietari degli edifizi espropriati in parte saranno, a loro richiesta, espropriati dell' intero (legge del 3 maggio 1841, art. 50); ed in un'altra ipotesi anche più simile alla ricompra delle rendite, ha fatto dare al compratore di un fondo venduto col patto della ricompra il dritto di esigere che il venditore ricompri tutto il fondo, e di rifiutare la ricompra parziale offertagli da uno degli eredi. Ma poichè oggi, in onta alla parola ricompra usata da' compilatori del Codice Napoleone per conformarsi all' uso della pratica, il debitore della rendita si libera facendo un vero rimborso, fa di mestieri, mettendo da banda la considerazione che avea precipuamente determinato gli antichi scrittori, riconoscere che ogni erede, succedendo per la sua parte all' obbligazione di pagare la rendita, e dovendo una parte delle annualità e del capitale, gode del dritto che avea il suo autore di fare a suo talento il rimborso del capitale. Senza di ciò, non ostante la disposizione contraria dell' articolo 1911 (1783), le rendite diverrebbero in fatto irredimibili; poichè, dopo tre o

(1) *Vedi* Corte di Caen, 16 nov. 1829, e Trib. di Caen, 20 marzo 1848 (S. V., 48, 2, 399).

(2) *Conf.* Tolosa, 13 maggio 1829 (S. V., 30, 2, 351; *Coll. nov.*, 9, 2, 263; Dalloz, 30, 2, 243).

(3) *Vedi* Dumoulin (*Extr. labyr. div. et ind.*, part. 2, n. 209, e part. 3, n. 23); Pothier (n. 190). *Junge*: Merlin (*Rep.*, alla parola *Rendita costit.*, § 9, n. 3); Bugnet, sopra Pothier (*loc. cit.*, in nota); Dalloz (*Rep.*, alla parola *Rendita cost.*, § 131); Troplong (n. 463).— In contrario *vedi* Delvincourt (t. III, p. 416, nota 6); Duranton (n. 613); Duvergier (num. 336); Aubry e Rau (t. III, p. 442, nota 5, 3ª ediz.); Taulier (t. VI, p. 452).

quattro generazioni, il numero degli eredi potrebbe essere tanto cresciuto da essere impossibile che fossero d'accordo per riscattare la rendita, come richiede la legge nel caso della ricompra, ed il mal volere degli uni renderebbe inutili gli sforzi degli altri per riuscire in tale intento.— Adunque, negare agli eredi del debitore la facoltà di un rimborso parziale, riescirebbe indirettamente all'idea, rigettata dal nostro Codice, della perpetuità delle rendite; importerebbe in certo modo sopprimere la facoltà della ricompra: perlocchè siam di avviso doversi in tal caso applicare l'articolo 1220 (1173).

346. Al contrario, havvi un caso in cui dopo la morte del debitore della rendita, ognuno degli eredi può esigere che sia rimborsata per intero; cioè quando questa rendita sia garentita da una ipoteca speciale sopra uno o più immobili della successione. La legge in tal modo ha voluto favorire la estinzione delle ipoteche.—Che se qualcuno degli eredi non voglia consentire alla ricompra, la legge, per evitare reclami tra' coeredi, dispone che l'immobile sia stimato, deducendone il capitale della rendita, e che colui nella cui porzione cada tal fondo, sia solo obbligato di pagare i frutti, senza però far perdere al creditore il dritto contro gli altri eredi (articolo 872 (793)).

347. La regola che il capitale della rendita non può ripetersi soffre eccezione in alcuni casi, di cui dobbiamo ancora parlare per compiere il commentario di questo titolo.

1912 (1784). — Il debitore di una rendita costituita in perpetuo può essere costretto al riscatto,

1° Se cessa dallo adempire i suoi obblighi pel corso di due anni;

2° se tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto*.

1913 (1785). — Si può anche ripetere il capitale di una rendita costituita in perpetuo, nel caso di fallimento o di decozione del debitore **.

SOMMARIO.

I. 348. Prima eccezione alla regola che non può ripetersi il capitale della rendita. — Caso in cui il debitore cessi dallo adempire le sue obbligazioni. — 349. Nell'antico dritto tale eccezione era consacrata dall'uso.

II. 350. In che consiste questa eccezione sotto il Codice: scorsi due anni senza che il debitore abbia pagato la rendita, può contro di lui pronunziarsi lo scioglimento e può essere obbligato al riscatto.— 351. I due anni devono essere consecutivi. — 352. Nondimeno è sempre necessaria una anticipata messa in mora, tanto se la rendita sia esigibile (querable), *quanto se sia pagabile* (portable): *controversia. — 353. Ma dopo che l'atto di mora non abbia prodotto alcun effetto, i giudici devono pronunziare la risoluzione senza accordare nuova dilazione.*

III. 354. Questa prima eccezione alla regola

* Il corrispondente art. 1784 delle leggi civili ha aggiunto un terzo caso in cui si rescinde la rendita, e può quindi ripetersi il capitale, cioè « quando il debitore per fatto suo abbia diminuito le cautele che aveva date col contratto al suo creditore. »—In questo senso è stato giudicato che « il contratto di annua rendita non si rescinde per la circostanza che il fondo ipotecato avesse sofferto deteriorazione o fosse mancato per ordine del governo, il quale altro fondo ne avesse dato in compenso, su cui il creditore poteva essere ipotecato. Però se il governo avesse invece dato il prezzo di compenso ed il debitore lo avesse distratto in luogo di rimpiegarlo per sicurezza del creditore, si darà luogo alla rescissione. » Corte Supr. di Napoli, 31 gennaro 1828.

** Il corrispondente art. 1785 accenna il caso di fallimento o di *prossima* decozione del debitore.

della non esigibilità del capitale non ha luogo per le rendite costituite pria del 1789;— 355. E per le rendite vitalizie, come pure per quelle costituite a titolo gratuito;—356. E finalmente per le rendite costituite mediante l'abbandono d'un immobile.

IV. *357. Seconda eccezione : caso in cui il debitore tralascia di dare al mutuante le cautele promesse nel contratto: questa eccezione estendesi anche alle rendite costituite a titolo gratuito o mediante l'abbandono di un immobile. Rimando.*

V. *358. Terza eccezione: fallimento o decozione del debitore. Rimando.*

VI. *359. Passaggio alle differenze tra la rendita consentita mediante l'abbandono d'un immobile, e la rendita consentita mediante l'abbandono d'un capitale mobiliare.—360. Quando si considera come vendita la rendita. — 361. Le due specie di rendita differiscono quanto allo spazio di tempo durante il quale possono essere dichiarate irredimibili;—362. Quanto alle clausole e condizioni del riscatto;—363 Quanto al termine dopo cui può chiedersi lo scioglimento per il non pagamento delle annualità.—364. La rendita consentita come prezzo di alienazione d'immobili può rescindersi per lesione;—365. E il pagamento delle annualità ne è garentito col privilegio del venditore e coll'azione risolutiva.*

I. — 348. Secondo l'art. 1184 (1137), la condizione resolutiva è sottintesa sempre ne' contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Allora l'altra parte ha dritto di chiedere la risoluzione del contratto. Questa tacita clausola era ammessa un tempo in modo generale per i soli contratti innominati, cavandone argomento dal dritto romano (*l. 5, Dig. de praescr. verb.*). L'art. 1184 (1137) ha per oggetto di estenderla a tutti i contratti che suppongono una reciprocanza di servigi. Non bisogna adunque prendere alla lettera le parole *contratti sinallagmatici*, ma intenderle nel senso di *contratti a titolo oneroso*, come ne fanno fede i lavori preparatori del Codice (1). Perlocchè, senza alcuna difficoltà, avremmo applicato al contratto di rendita l'art. 1184 (1137) (2), quand'anche l'art. 1912 (1784) non ve l'avesse specialmente applicato, sebbene con qualche modificazione.

349. Anche nell' antico dritto molte consuetudini, e, in mancanza, le parti stesse con clausole particolari divenute di uso in tutte le costituzioni di rendite, permettevano che il capitale potesse ripetersi se il debitore cessava di pagare le annualità per un tempo che in generale variava da' due ai cinque anni. Quest'uso era stato preso per norma nel progetto del Codice, riducendo il termine ad un anno. Ma, per le osservazioni del Tribunato, si accordò un secondo anno al debitore per metterlo in grado di adempire alle sue obbligazioni. Diguisachè scorsi due anni senza essere pagate le annualità della rendita, può contro di lui chiedersi la risoluzione del contratto, sulla domanda del creditore *.

II. — 350. Diciamo due anni. Una decisione (3) avea proposto di dire tre anni, traendo con molta sottigliezza argomento dal testo dell'art. 1912 (1784). Questo articolo parla del debitore che cessa di adempire per due anni alle sue obbligazioni. Or, dice la decisione, per non adempire le proprie obbligazioni, si deve prima essere obbligati, e il debitore non comincia ad esserlo che

(1) *Conf.* Locrè (t. XII, p. 342).
(2) *Conf.* Troplong (n. 472).—Ma *vedi* Mourlon (t. III, p. 400, 5ª ediz.).

* Il debitore di una rendita costituita, se lascia correre due anni senza adempire al suo obbligo, può esser costretto al riscatto. Nè la offerta reale dopo una contumaciale è valida a purgar la mora. Corte Suprema di Napoli, 24 apr. 1827.

Ove si rescinda il contratto per mancanza di pagamento, l'annua somma dovuta conserva la qualità originaria, ed è sempre dovuta fino alla restituzione del capitale. C. S. di Nap., 7 genn. 1830.

(3) Caen, 26 luglio 1820, decisione annullata coll'altra dei 12 nov. 1822, citata nella seguente nota.

dopo scorso il primo anno. Fino a questo punto adunque egli nulla deve, perchè le annualità non sono scadute; nè si può dire che egli cessi di adempire obbligazioni che non sono ancora nate. È necessario quindi che scorra il primo anno perch'ei sia debitore; e poichè il Codice vuole che manchi alle sue obbligazioni per due anni, questo termine dunque non sarà compito se non al tempo della terza scadenza, ed allora solo il debitore potrà essere obbligato al rimborso del capitale.

Ma come non vedere che in tal modo si dà alla lettera della legge un significato che i compilatori non hanno certamente avuto in mente di darle? Chiunque leggerà senza alcuna prevenzione l'articolo, e senza volervi trovare per forza difficoltà che non esistono, intenderà naturalmente le parole: « se il debitore cessa di adempire i suoi obblighi pel corso di due anni, » nel senso che il debitore non adempia per due anni ai suoi obblighi, cioè non paghi le annualità. Fu questo senza dubbio il pensiero dei compilatori del Codice, conforme al linguaggio della pratica e dell'antico dritto; e quelle parole sono state generalmente interpretate in tal senso (1).

351. Parimenti, è facile intendere che l'art. 1912 (1784) voglia parlare di due anni *consecutivi*. Epperò se il creditore, senz'avere protestato o proceduto, fosse tanto indulgente da lasciare che il suo debitore, il quale gli deve due anni di arretri, imputi sul novello termine il pagamento di un anno, non sarebbe ammessibile a dimandare la risoluzione del contratto, allorchè il debitore lasciasse pur correre un anno senza pagarlo (2).

352. Ma quistione più grave si è questa: quando possa dirsi che il debitore abbia ritardato il pagamento. Esiste la mora pel solo fatto del trascorrimento del termine? Ovvero è necessaria un'intima da parte del creditore, giusta il principio che in mancanza di clausola espressa si richiede una interpellazione onde costituire in mora il debitore?

Sembra che gli scrittori e la giurisprudenza siano fermi oggidì nel senso che bisogna distinguere se la rendita sia pagabile nel domicilio del creditore, o se pagabile in quello del debitore. In riguardo alla prima, essi dicono, è necessaria una intima fatta da un usciere latore della quietanza (3); ma per la seconda questa formalità non è indispensabile, dapoichè il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine: *dies interpellat pro homine* (4). A giustificare quest'ultimo punto, si sono addotte le espressioni dello stesso articolo 1912 (1784): il debitore *può*

(1) *Vedi* Duranton (n. 617); Duvergier (n. 344); Aubry e Rau (*loc. cit.*, p. 443 e nota 6); Troplong (n. 413); Mourlon (*loc. cit.*); Taulier (t. VI, p. 432). *Vedi* pure Cass., 12 nov. 1822 (S. V., 23, 1, 174; *Coll. nov.*, 7, 1, 154), decisione che annulla quella della Corte di Caen, citata nella precedente nota.

(2) *Vedi* Duranton (n. 618); Aubry e Rau (*loc. cit.*); Troplong (n. 484). —*Vedi* intanto Duvergier (n. 346); Mourlon (*loc. cit*).

(3) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Rendita costit.*, § 10, n. 3); Delvincourt (t. III, p. 413, nota 7); Toullier (t. VI. n. 539); Zachariae (t. III, § 398); Aubry e Rau (t. III, p. 443, note 7 e 9, 3ª ediz.); Duvergier (n. 342); Duranton (nn. 616 a 620); Troplong (nn. 474 a 481); Demolombe (t. I, n. 55); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. IV, p. 475, nota 5); Taulier (t. VI, p. 452 e 453). *Vedi* anche Rig., 28 giugno 1836 (S. V., 36, 1, 690; Dalloz, 36, 1, 403; *J. P.*, 1837, t. I, p. 37); Aix, 10 dicembre 1836 (S. V., 37, 2, 120; Dalloz, 37, 2, 102; *J. P.*, 1837, t. I, p. 361); Caen, 20 marzo 1839 (S. V., 39, 2, 431; Dalloz, 39, 2, 196).—*Vedi* intanto Aix, 28 aprile 1813, e Douai, 9 nov. 1814 (Dalloz, *Rep.*, alla parola *Rendita*, p. 555), decisioni che hanno giudicato la risoluzione aver luogo di pieno diritto; e Cass., 29 aprile 1860 (S. V., 61, 1, 145; *J. P.*, 1861, p. 843; Dalloz, 60, 1, 428). decisione secondo la quale sarebbe un atto sufficiente di mora, sia quello introduttivo d'istanza pel pagamento degli arretri scaduti e delle annualità correnti, sia una dimanda incidente pel pagamento del capitale.

(4) *Vedi* gli scrittori e le decisioni citati nella nota precedente. *Adde*: Ric., 8 aprile e 10 novembre 1818 (Dalloz, *Racc. alf.*, t. XI, p. 551; S. V., *Coll. nov.*, 5, 1, 460 e 554); 16 dicem. 1818 (S. V., *Coll. nov*, 5, 1, 561); 25 novembre 1839 (S. V., 40, 1, 232; Dalloz, 40, 1, 27); 9 ag. 1841 (S. V, 41, 1, 796; Dalloz, 41, 1, 340).

essere costretto al riscatto. Ma allora bisognerebbe considerare questa locuzione come più efficace e più energica di quest'altra: *il contratto sarà risoluto di pieno dritto;* avvegnachè la stessa legge ci avverta che simigliante clausola non invizi la esistenza del contratto, nè tolga che il debitore lo consolidi liberandosi col creditore, finchè costui non gliene abbia tolto il diritto con una intimazione, e non siasi assicurata, mettendolo in mora, la facoltà di far valere la clausola risolutiva (articolo 1656 (1502)).

Pertanto, pare a noi ben difficile attribuire alla prima espressione maggiore forza della seconda, la quale, a primo aspetto, sembra così energica. Allorchè la legge vuole che un debitore sia costituito in mora senza interpellazione e per la sola scadenza del termine, non teme di esprimerlo chiaramente e sempre con termini assai più precisi ed efficaci di quelli dell'art. 1912 (1784). Noi dunque avvisiamo, non ostante il numero imponente di scrittori e di decisioni che appoggiano la opinione contraria, che il debitore di una rendita, sia pure pagabile nel domicilio del creditore, il quale non abbia pagato per due anni, non possa venir costretto al rimborso del capitale se non dopo essere stato costituito in mora con una intimazione.

Quindi, con più ragione, adottiamo la opinione degli scrittori che ammettono, come eccezione alla loro rigorosa dottrina, la necessità della intimazione quando il debitore non abbia pagato le annualità per colpa del creditore, quando, ad esempio, costui non gli abbia dato conoscenza del suo novello domicilio, o se abbia dato incarico ad un mandatario di riscuotere il pagamento, senza far conoscere al debitore il mandatario costituito invece dell'antico, morto o revocato (1).

353. Ma posciachè l'interpellazione sia stata fatta al debitore e costui abbia avuto una dilazione morale sufficiente per liberarsi (2), il giudice non potrebbe concedere un nuovo termine, ma dee pronunziare lo scioglimento del contratto (3). Così avviene nel caso della clausola risolutiva espressa (articolo 1656 (1502)), per derogazione all'art. 1244 (1197); la clausola sottintesa dall'articolo 1912 (1784) deve avere la stessa efficacia. In fatto però, parecchie decisioni hanno accordato nuovi termini (4); ma conviene osservare che nelle specie di cui è parola erano state osservate sia irregolarità nella intimazione, sia negligenza o mala fede da parte del creditore, *circostanze* tutte che avendo posto il debitore nella impossibilità di pagare in tempo utile, hanno dovuto indurre i tribunali a non applicare l'art. 1912 (1784) in tutto il suo rigore.

III.— 354. Determiniamo ora in riguardo a quali rendite sia scritta la prima disposizione di questo articolo. E in primo luogo, è applicabile alle rendite costituite prima del 1789? Il debitore di una rendita costituita prima di questo tempo potrebb'essere obbligato al rimborso del capitale quando per due anni non abbia fatto i suoi pagamenti? La giurisprudenza, non che molti scrittori, tengono per l'affermativa. Poichè il rimborso forzato, si è detto, dà luogo alle vie di esecuzione, è necessario seguire la legislazione in vigore, non al tempo del contratto, ma al tempo in cui

(1) *Vedi* gli scrittori citati nelle note precedenti. *Vedi* pure Rig., 31 ag. 1818; Caen, 13 apr. 1824; Rig., 19 agosto 1831 e 5 dicembre 1833 (S. V., *Coll. nov.*, 5, 1, 531; 7, 2, 351; 34, 1, 300; Dalloz. 31, 1, 254; 34, 1, 65).

(2) La durata di questo termine è una quistione di fatto e di criterio.— *Vedi* Rig., 28 giug. 1836; Aix, 10 dic. 1836, e Caen, 20 marzo 1839, decisioni già citate. *Adde*: Amiens, 15 dic. 1821, e Bourges, 7 dic. 1826 (S. V., *Coll. nov.*, 6, 2, 499; 8 2, 296; S. V., 29, 2, 210; Dalloz, 28, 2, 211). — Duvergier (n. 351) va tropp'oltre nel dire che non debba essere accordata alcuna dilazione morale.

(3) *Vedi* le stesse decisioni. *Adde:* Pau, 14 luglio 1832 (S. V., 36, 1. 690; Dalloz, 36, 1, 403; *J. P.*, 1837, t. I, p. 57).

(4) *Vedi* le decisioni citate in nota sotto il numero precedente, *in fine*.

muovesi la contestazione (1). Secondo noi dee preferirsi la opinione contraria. Infatti gli scrittori e le decisioni medesime ritengono, l'art. 1912 (1784) supporre una clausola sottintesa, a cui può ben derogarsi con una clausola contraria. Non trattasi dunque, come si crede, di un mezzo di esecuzione, ma di una quistione di interpretazione; per cui si dovrà unicamente applicare la legge del tempo e del luogo in cui fu conchiuso il contratto (2). Del resto, poichè la disposizione riprodotta dall'art. 1912 (1784) era nell'antico dritto quasi generalmente in uso (vedi *sopra*, n. 349), tal quistione non è di grande interesse; poichè anche nel nostro sistema saranno ben poche le rendite per le quali non si scioglierà il contratto in caso di non pagamento per due anni, o alle volte per un tempo più lungo (mentre nell'antico dritto il termine variava da due a cinque anni).

355. L'art. 1912 (1784) non si applica alle rendite vitalizie, nè a quelle costituite a titolo gratuito. In sostanza, la sua disposizione contiene una speciale applicazione del principio che la condizione risolutiva è sottintesa in tutti i contratti a titolo oneroso; per cui non si può estenderla alle rendite gratuite, la risoluzione delle quali non porterebbe al rimborso del capitale, ma allo annullamento della donazione (3).

356. Diciamo infine, che l'articolo 1912 (1784), posto sotto la rubrica *Del Prestito ad interesse*, riguarda solamente le rendite costituite *mediante un capitale* fornito dal creditore della rendita. Non si può quindi estenderlo alla rendita costituita mediante la cessione di un immobile fatta dal creditore al debitore della rendita. Questo contratto sarebbe soggetto alla regola generale dell'art. 1184 (1137). Se dunque il debitore manchi una sola volta alla sua obbligazione di pagare le annualità, il creditore ha dritto di agire per lo scioglimento della cessione. In tal caso però i giudici potranno, secondo le circostanze, accordare una dilazione al debitore per liberarsi (4).

IV. — 357. Il secondo caso in cui il debitore può, secondo lo stesso art. 1912 (1784), essere costretto al riscatto, è quello in cui tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto. Qui la legge non fa che applicare alla costituzione di rendita una disposizione consacrata in termini quasi simili, e per tutti i contratti, nell'art. 1188 (1141). Niuna quistione speciale al caso di rendita elevasi su tal punto, e quindi ce ne riferiamo a quanto disse Marcadè su quest'ultimo articolo. Solo giovi notare, che la regola di cui trattasi deve anche applicarsi alle rendite costituite a titolo gratuito (5), o mediante la cessione d'un immobile.

V. — 358. Infine, diviene anche esigibile il capitale della rendita costituita in perpetuo, nel caso di fallimento o di decozione del debitore (art. 1913 (1785)). Qui pure la legge non fa che applicare puramente e semplicemente alla costituzione di rendita la regola stabilita dall'art. 1188 (1141) per tutti i contratti; rimandiamo dunque alle osservazioni fatte da Marcadè.

VI. — 359. Per compiere le nostre os-

(1) *Vedi* le decisioni della Corte di cass. dei 6 luglio 1812, 4 nov. 1812, 10 nov. 1818, 27 marzo 1832, 25 nov. 1839 (S.V., *Coll. nov.*, 4, 1, 144, 213; 5, 1, 544; 12, 1, 281; 13, 1, 397; 19, 1, 273; 32, 1, 650; 40, 1, 252; Dalloz, 32, 1, 164; 40, 1, 27; *J. P.*, 1840, t. I, 348).—*Vedi* pure Merlin (*Rep.*, alla parola *Rend. cost.*, § 12, n. 3); Toullier (t. VI, n. 250); Delvincourt (t. III, p. 413, nota 3); Henrion (*Rent. fonc.*, n. 81); Duvergier (nn. 355 a 359); Troplong (n. 485).

(2) *Vedi*, in questo senso, Proudhon (t. I, p. 64 e 65); Chabot (*Quist. trans.*, alla parola *Rend. cost.*, § 1); Duranton (n. 615); Demolombe (t. I, n. 55).—*Vedi* pure Liége, 13 dic. 1808; Torino, 17 dic. 1806; Bruxelles, 2 genn. 1811; Tolosa, 6 marzo 1811 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2, 182 e 448; 3, 2, 326 e 428).

(3) *Vedi* Rig., 12 luglio 1813 (S.V., 13, 1, 354; *Coll. nov.*, 4, 1, 392; Dalloz, *Racc. alf.*, t. XI, pagina 553).

(4) *Vedi* Ric., 5 marzo 1817; Cass., 28 lug. 1824; Parigi, 8 genn. 1825 (S. V., *Coll. nov.*, alla loro data; Dalloz, 2, 2, 9).—*Vedi* pure Foelix ed Henrion (nn. 40 e 194); Duranton (t. XIV, n. 147, e t. XVII, n. 622); Duvergier (n. 265); Troplong (n. 488). — *Vedi* intanto Jourdan (*Themis*, t. V, p. 321).

(5) *Vedi* intanto Troplong (nn. 494 e 495).

servazioni relativamente alle rendite costituite in perpetuo. di cui trattano gli articoli 1911, 1912 e 1913 (1783, 1784 e 1785), ci resta a dire qualche parola intorno ad un punto riserbato nel nostro commentario dell'art. 1910 (1782) (*sopra* n. 337), cioè bisogna determinare le differenze che tuttavia esistono, non ostante l'assimilazione stabilita dal Codice, quanto alla facoltà del riscatto ed alla natura del diritto, tra le rendite consentite mediante lo abbandono di un immobile, o anche di un mobile che sia corpo certo (salvo sempre la rescissione per causa di lesione), e le rendite consentite mediante lo abbandono di una somma determinata, o di un altro capitale mobiliare fungibile. Queste differenze in generale derivano da ciò che la prima operazione ha causa da una vendita, mentre la seconda ha causa da un prestito.

360. Notiamo innanzi tutto che la rendita si considera come vendita quando costituisca direttamente il prezzo della cosa venduta. Che se al contrario, la cosa sia stata primamente venduta per un prezzo determinato, che quindi vien convertito in una rendita, in tal caso vi sarebbe novazione della primitiva obbligazione; il debitore della rendita non sarebbe tenuto come compratore in virtù di una vendita, ma come mutuatario in virtù d'un prestito. Dimodochè gli si dovrebbero applicare le regole relative ad una rendita costituita come prezzo di capitale (1). Vediamo intanto in che sarebbe diversa la sua condizione da quella del debitore di una rendita costituita come prezzo di vendita.

361. Ed in prima, l'art. 530 (453) del Codice Napoleone permette di dichiararsi irredimibile quest'ultima specie di rendita, cioè che possa convenirsi di non essere rimborsata, *per il termine di trenta anni*, mentre questo termine è ridotto a dieci anni dallo art. 1911 (1783) per la seconda specie di rendita, e dovrebbe restrignersi, se se ne fosse convenuto uno più lungo (*sopra*, n. 342).

362. Il medesimo art. 530 (453) permette di regolare, nella rendita costituita come prezzo di vendita, le condizioni e le clausole del riscatto, mentre che, nella rendita costituita come prezzo di mutuo, il capitale da rimborsarsi non potrà essere maggiore di quello prestato, e le annualità da corrispondersi non dovranno eccedere la misura degli interessi legali (2).

363. La risoluzione di un contratto di rendita costituita come prezzo di alienazione può essere domandata dal creditore della rendita tostochè il debitore cessi di adempire le sue obbligazioni, salvo la *facoltà* dei giudici di accordare a quest'ultimo un termine pel pagamento. Al contrario la risoluzione di un contratto di rendita costituita come prezzo di mutuo non può essere domandata se non dopo che il debitore cessa per due anni di pagare la rendita; ed allora, tostochè il creditore abbia messo in mora il debitore con una intimazione, i giudici devono pronunziare la risoluzione, senza accordare verun altro termine (*sopra*, nn. 350 e seg., 356.

364. La rendita costituita come prezzo di alienazione d'immobili può essere rescissa per lesione di oltre sette dodicesimi.

365. Infine, nel medesimo caso di alienazione di un immobile mediante una rendita, il pagamento delle annualità è garentito col privilegio del venditore e col suo diritto di risoluzione, dritti reali che si conservano con una iscrizione, giusta la legge dei 23 marzo 1855 (3).

(1) *Conf.* Pothier (nn. 166-173); Duvergier (numero 366); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 404 e 405). — *Vedi* pure Caen, 9 aprile 1829; Dalloz (*Rep.*, alla parola *Rendita*, n. 15).

(2) *Vedi* Marcadé (art. 530 (453), t. I, parte 2ª, n. 386).

(3) *Vedi* Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 402).

1914 (1786). — Le regole concernenti le rendite vitalizie sono stabilite nel titolo *De' contratti aleatori.*

366. Il legislatore intende qui parlare della seconda delle due forme del contratto di costituzione di rendita (art. 1910 (1782)), cioè della ***rendita vitalizia***, ossia del dritto che ha una persona di farsi pagare una rendita durante la sua vita, dritto che non può trasferirsi nei suoi eredi. Il contratto di rendita vitalizia, fondato sulla durata incerta della vita del creditore della rendita, è in sommo grado aleatorio; e ben a ragione i compilatori del Codice ne hanno parlato nel titolo ***Dei contratti aleatori.*** Noi dunque ce ne occuperemo in uno dei seguenti titoli (vedi ***infra,*** articolo 1968 (1840) e seg.).

TITOLO XI (XII).

DEL DEPOSITO E DEL SEQUESTRO.

(Decretato li 14 marzo 1804. — Promulgato li 24.)

CAPITOLO PRIMO.

DEL DEPOSITO IN GENERALE, E DELLE SUE DIVERSE SPECIE.

1915 (1787).—Il *deposito* in generale è un atto col quale si riceve la cosa altrui coll'obbligo di custodirla e di restituirla in ispecie.

1916 (1788). — Vi sono due *specie* di deposito : il deposito propriamente *detto* : ed il sequestro.

SOMMARIO.

I. 367. Definizione del deposito in generale. — 368. Utilità di questo contratto.— 369. Doppio significato della parola deposito *nel linguaggio ordinario ed anche in quello del diritto.*
II. 370. Divisione del deposito in due specie. — 371. Da ciò si vede perchè è qualificato atto e *non* contratto.
III. 372. Il depositario acquista la semplice detenzione dell'oggetto depositato. — 373. Il deposito si annovera nella classe dei contratti sinallagmatici imperfetti. — *374. Appartiene al dritto delle genti.*

I. — 367. Il deposito è uno dei quattro contratti annoverati da Pothier sotto il titolo comune di *Contratti di beneficenza*, di cui egli ha assegnato le regole immediatamente dopo i suoi due trattati sul prestito (*Prestito ad uso e precario*, *Prestito di consumo*). I compilatori del Codice hanno seguito il medesimo ordine, senza però collegare i diversi contratti con unica denominazione che ne determini il carattere comune : e dopo aver trattato nel titolo precedente delle due specie di prestito, parlano in questo del deposito, che definiscono : « un atto col quale si riceve la cosa altrui coll'obbligo di custodirla e di restituirla in ispecie. »

Adunque il deposito conferisce unicamente la *custodia* di una cosa ; nel che appunto si distingue dalla vendita e dalla permuta che trasferiscono la *proprietà*, dalla locazione e dal comodato che trasferiscono l'*uso*.

368. Nell'ordine naturale delle cose, incombe al medesimo proprietario prender cura degli oggetti compresi nel suo patrimonio, vegliare sovr'essi e custodirli ; avvegnachè nessun altro più di lui possa avere interesse alla loro conservazione ,

mentre egli ne ritrae tutta la utilità. Ma quante circostanze non possono avvenire in cui il proprietario sia costretto a spogliarsi momentaneamente della cosa sua e a confidarla ad un amico! L'assenza, il piacere o il bisogno di viaggiare, il desiderio di sottrarre alle indiscrete ricerche il tale o tal altro oggetto che si vuol possedere in segreto, tutte queste circostanze e altre mille cui non è dato prevedere, sono altrettante cause suscettibili di produrre questo contratto di deposito, che null'altro è che un contratto di confidenza: « Depositum, « dice Ulpiano, est quod custodiendum ali« cui datum est. Dictum ex eo, quod *po« nitur*: praepositio enim *de* auget depo« situm, ut ostendat, totum fidei ejus com« missum, quod ad custodiam rei pertinet. » (L. 1, princ., Dig. *Depositi, vel contra.*)

369. La parola deposito, tanto nel linguaggio ordinario, quanto in quello del Codice, ha un doppio significato. Nel primo, serve a denotare lo stesso contratto (articolo 1915 (1787)), e questo è il senso che gli si dà più di frequente; nel secondo, indica lo stesso oggetto del deposito, o a meglio dire la cosa depositata (art. 1941, 1944 (1814, 1817)). Però, l'usare la stessa parola ora per denotare il contratto, ora la cosa che ne forma l'oggetto, non è proprio della convenzione di cui parliamo; lo stesso vedremo a proposito del *pegno* delle cose mobili.

II. — 370. L'art. 1916 (1788) divide il deposito in due specie: il deposito propriamente detto, e il sequestro. Allorchè io consegno una cosa ad un terzo, non potendola io custodire, o per qualche difficoltà o inconveniente, o perchè in un momento di pericolo son costretto affidarla ad un vicino fino a che quello cessi, vi sarà un *deposito propriamente detto*. Quando al contrario una cosa controversa è consegnata ad un terzo, o col consenso delle parti interessate, o per ordine del giudice, allora havvi un *sequestro*. Queste due specie di deposito sono trattate in due capitoli speciali.

371. Questa distinzione ci spiega perchè i compilatori del Codice, volendo dare una definizione che comprendesse tutti i casi, anche quello del sequestro giudiziario, si siano nell'art. 1915 (1787) serviti della espressione che il deposito è un *atto*, evitando di dire che è un contratto. Senza meno, tanto nel sequestro giudiziario, quanto nel convenzionale, è necessario il consentimento di colui che si obbliga di custodire la cosa controversa, e sotto tal rispetto potrebbe dirsi esservi contratto tra costui e il giudice. Ma poichè niun contratto ha luogo tra il depositario e colui a cui la cosa dovrà restituirsi, la parola *contratto* non sarebbe stata a proposito. In tal caso, secondo la espressione di Domat, « havvi un deposito giudiziario, ben diverso da quello che si fa di comune consenso, in quanto che questo costituisce una convenzione, e l'altro un semplice provvedimento ordinato dal giudice (1). »

III. — 372. Nel deposito non si trasferisce nè la proprietà, nè il possesso della cosa: il depositario ne diviene semplice detentore. *Est in possessione, sed non possidet*, come diceano i testi del dritto romano, mostrando in tal modo che il depositario riceve la cosa solo per custodirla e sorvegliarla. Egli è un detentore precario (art. 2236 (2142)) che niun profitto può trarre dal suo possesso, mentre il deponente è il solo possessore e gode di tutti i benefici annessi a tal titolo.

Per questo appunto l'art. 1915 (1787) esige che il depositario riceva la cosa altrui: quindi, se per errore riceva in deposito la cosa propria, ignorando d'esser sua, il contratto sarebbe nullo di pieno dritto. «Qui rem « suam deponi apud se patitur, vel utendam « rogat, nec depositi, nec commodati actio« ne tenetur... » (L. 15, Dig. *Depos. vel cont.*). Parimente, se dopo il contratto il depositario acquisti, per qualsiasi titolo, la proprietà della cosa depositata, verrebbe meno all'istante il contratto, di unita a tutte le obbligazioni che ne son conseguenza (art.

(1) Domat (lib. I, tit. VII, introd.).

1946 (1818)). Deesi però eccettuare il caso in cui colui che ha depositato una cosa presso il proprietario avea dritto a ritenerla, se non come proprietario, almeno con un altro titolo, per esempio come usufruttuario o creditore pignoratizio.

373. Nella stessa guisa che il comodato, con cui ha molta analogia, il deposito produce obbligazione principale e diretta per parte del solo depositario; quanto al deponente, le sue obbligazioni si rannodano ad un fatto secondario e posteriore al contratto, anzi può avvenire ch' egli non sia mai obbligato. Adunque il deposito, del pari che il comodato, può annoverarsi nella classe de' contratti *sinallagmatici imperfetti* (*sopra*, n. 28): i Romani dicevano *actio depositi directa* l'azione del deponente contro il depositario, e *actio contraria* quella del depositario contro il deponente, indicando con ciò che la sola azione che nasce al momento del contratto, è l'azione diretta, mentre l'altra non ne è che accessoria.

374. Il deposito è un contratto che appartiene al dritto delle genti; tutte le nazioni se ne servono. È utile, e spesso indispensabile, nelle transazioni tra paesi lontani. Ed infatti le esigenze del commercio hanno fatto intraprendere speciali professioni, aventi a scopo di conservare le mercanzie e sorvegliarne lo imbarco, come risulta dall'articolo 575 (575) del Codice di commercio.

Segue da ciò doversi questo contratto regolare col dritto naturale. I Romani lo annoveravano tra i contratti di buona fede, come sorge chiaramente dalla sopracitata definizione di Ulpiano; e aveano inteso la necessità di reprimere severamente l'infedeltà del depositario, che dichiaravano infame. Per altro, è ben naturale che così avvenisse presso quel popolo, ove si consideri che lo stato quasi permanente di guerra costringeva sempre i cittadini romani a confidare le loro sostanze mobiliari alla custodia d'un amico. La medesima protezione dovea godere presso di noi, sebbene meno usitato; e la legge vi ha provveduto, stabilendo pene severe contro il depositario che abusi della confidenza del deponente, sottraendo o dissipando le cose confidate alla sua custodia. (Cod. pen., art. 408 (631 Codice penale italiano).

CAPITOLO II.

DEL DEPOSITO PROPRIAMENTE DETTO.

SEZIONE PRIMA.

DELLA NATURA ED ESSENZA DEL CONTRATTO DI DEPOSITO.

1917 (1789).—Il deposito propriamente detto è un contratto essenzialmente gratuito.

1918 (1790). — Non può avere per oggetto se non cose mobili.

1919 (1791). — Non è perfetto se non colla tradizione reale o finta della cosa depositata.

La tradizione finta basta nel caso che la cosa la quale si conviene di lasciare in deposito, fosse già presso il depositario per qualche altro titolo.

1920 (1792). — Il deposito è *volontario*, o *necessario*.

SOMMARIO.

I. — 375. Il deposito, definito in modo generale dall'art. 1915 (1787), dividesi, come dicemmo, in deposito propriamente detto e in sequestro. Nel presente capitolo parlasi del deposito propriamente detto, di cui ora ci occuperemo, determinandone i caratteri ed analizzandone i vari elementi.

376. Il primo dei caratteri del deposito si è di essere gratuito (art. 1917 (1785)); avvegnachè costituisca un contratto di beneficenza, un servigio d'amicizia. Le leggi romane lo spiegavano chiaramente: « Si « vestimenta servanda balneatori data pe« rierunt, dice Ulpiano, *si quidem nullam « mercedem servandorum vestimentorum « accepit, depositi eum teneri*, et dolum « dumtaxat praestare debere. puto: quod « si accepit, ex conducto. » (L. 1, § 8, Dig. *Depos. vel cont.*). E Pothier, traendo argomento da quel testo, insegna che ove colui a cui è affidata la custodia d'una cosa richieda un compenso, il contratto che si conchiude non è un contratto di deposito, ma un contratto di locazione, per cui il custode loca la sua custodia per un prezzo convenuto (1). L'art. 1917 (1789) sembra avere riprodotto questa dottrina, quando dice che il deposito è un contratto *essenzialmente* gratuito.

377. Notisi però che l'art. 1928 (1800), di cui quanto prima parleremo, suppone formalmente la possibilità di stipularsi un salario per la custodia di un deposito. Come conciliare questi due testi, l'uno de' quali dice che il deposito è un contratto *essenzialmente* gratuito, mentre l'altro conserva al contratto il nome di deposito anche quando vi sia stipulazione di salario? Il maggior numero degli scrittori, credendo impossibile armonizzare le due disposizioni, ed attenendosi esclusivamente alla lettera dell'articolo 1917 (1789), ritengono che, in qualunque ipotesi, la stipulazione di un salario di qualunque siasi natura, fa venir meno il contratto di deposito e lo trasforma in contratto di locazione (2). Secondo loro, l'art. 1928 (1800) ha per oggetto non di

(1) Pothier (n. 13). — *Vedi* pure Domat (*loc. cit.*, sez. 1ª, n. 2).

(2) *Vedi* Duvergier (t. XXI, nn. 408 e 409); Troplong (*Del deposito*, nn. 12 a 15); Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 445, nota 2); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 414); Taulier (t. VI, p. 439); Duranton (t. XVIII, n. 20).

definire il deposito, con che verrebbe in urto coll'art. 1917 (1789), ma unicamente di dire che la regola che obbliga il depositario a custodire le cose altrui come se fossero proprie, dee più strettamente applicarsi quando il depositario abbia stipulato un salario; e che l'art. 1928 (1800) abbia per una inesattezza di linguaggio conservato e mantenuto la denominazione di deposito in questo caso, in cui, non essendo gratuito, la convenzione è piuttosto una locazione, come dice Pothier (n. 31), da cui fu tolta questa disposizione.

A noi sembra non doversi così tenere in non cale la disposizione dell'articolo 1928 (1800), e in ispecial modo le parole *deposito*, *depositario*, ivi adoperate. Per altro, non è vero che sia impossibile armonizzare tra loro le due disposizioni; bastando una semplice distinzione. Se il preteso depositario riceve, in cambio del servigio che rende, una somma o qualsiasi altro guiderdone che ha convenuto col deponente, e che considera qual compenso al suo incomodo, allora non vi sarà più un contratto di deposito, ma un contratto a titolo oneroso e commutativo, nel senso dell'art. 1104 (1058) del Codice Napoleone, ove è detto precisamente essere *commutativo* il contratto quando ciascuna delle parti si obbliga a dare o a fare una cosa che si riguarda come l'equivalente di ciò che le si dà, o di ciò che si fa per essa. Ma quando il guiderdone, anche offerto *ab initio* dal deponente, non è il corrispettivo del servigio prestato dal depositario, il quale s'incarica del deposito più per cortesia che per ricavarne un vantaggio, come mai potrà vedervisi una locazione o qualsiasi altro contratto commutativo? Mancando le condizioni dell'art. 1104 (1058), la convenzione sarà sempre un contratto di beneficenza, nei termini dell'articolo 1105 (1059), non ostante il tenue salario dato al depositario. Questa medesima distinzione noi facemmo nel titolo precedente (*sopra*, n. 223); ed ora la confermiamo, poichè si giustifica coi principî generali, ed anche in parte colla tradizione. Dice infatti Ulpiano: « Nam, quia nulla utilitas ejus « versatur, *apud quem deponitur*, merito « dolus praestatur solus, nisi forte et *merces* « accessit » (l. 5, § 2, Dig. *Comm. vel contra*), dal che deriva che il deposito non cessa di essere deposito, anche quando vi sia la *merces*.

378. Del resto i giudici non incontreranno grande difficoltà nel fare questa distinzione, avvegnachè sorga quasi sempre per sè stessa dai fatti e dalle circostanze. Per modo di esempio, se la persona a cui è stato confidato un oggetto suole per mestiere ricevere depositi e speculare sopra questo genere di servigi, si presumerà naturalmente una convenzione di *locazione*. Così i depositi di numerario, di *biglietti*, *di titoli*, che si fanno alla Banca di Francia, pei quali si paga un dritto del tanto per cento; i depositi o consegne in materia commerciale, anzichè veri *depositi*, sono locazioni di servigi, poichè l'idea di commercio implica la speculazione e il guadagno da conseguire. Se per l'incontro la persona a cui la cosa è confidata, non ha l'abitudine di ricever depositi, si presumerà più facilmente, non ostante la rimunerazione data ed accettata, che siasi inteso fare un deposito (1).

379. In tutti i casi, il deposito, secondo la osservazione di Pothier (2), conserva il suo carattere gratuito, quand'anche il deponente abbia spontaneamente fatto dei doni al depositario, in segno della sua riconoscenza: fino a tanto che costui non abbia alcuna pretensione di compenso, il contratto sarà gratuito.

Aggiungiamo che spesso nel sequestro manca questo carattere di gratuità che distingue il deposito volontario o necessario, come vedremo sotto l'art. 1957 (1829).

(1) *Vedi*, in questo senso, Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 3, nota 4); Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 13); Delvincourt (t. III, p. 207 e 429, note.

(2) Pothier (n. 13).

II. — 380. In secondo luogo, il deposito propriamente detto distinguesi pure dal sequestro (*infra*, art. 1959 (1831)), inquantochè non può avere per oggetto se non cose mobili (art. 1918 (1790)). Nell' antica giurisprudenza questo punto era controverso tra gli scrittori. Voët, traendo argomento per analogia dal comodato e da alcuni testi del dritto romano, riguardanti il solo sequestro, insegnava che gl'immobili potessero anche formare oggetto di un deposito (1). Però la contraria opinione era più generalmente ammessa, come fondata sulla medesima etimologia della parola *depositum*, poichè dicevasi il contratto essere così indicato *ex eo quod ponitur*, cioè perchè la cosa di cui si affida la custodia vien posta nelle mani di colui che la riceve, il che non può intendersi che dei soli mobili. Pothier, rigettando questa interpetrazione, dicea nondimeno, di accordo colla maggioranza degli scrittori, che il deposito non potesse avere per oggetto immobili, e ciò perchè, secondo egli dice, il deposito è diretto alla custodia della cosa, che devesi restituire al deponente quando ritorni o ne abbia bisogno, nè è possibile che il proprietario di un immobile possa mai aver bisogno di affidarlo in custodia ad un terzo per ritrovarlo. Così, se un tale confida ad un suo amico le chiavi della sua casa che egli non abita, farà un deposito delle chiavi o anche dei mobili che sono nella casa; se gli dà inoltre lo incarico di visitare e sorvegliare la casa, farà inoltre una convenzione di mandato; ma ciò non costituirà mai il deposito della casa medesima, la quale, non potendo trasportarsi, non ha bisogno di essere custodita (2).

Checchenesia, l' art. 1918 (1790) ha troncato la controversia, disponendo formalmente che il deposito non può avere per oggetto se non cose mobili. A torto adunque l' art. 125 (131) del Codice Napoleone dà la qualifica di *deposito* al titolo degli immessi in possesso provvisorio dei beni di un assente; per cui questa disposizione deve intendersi come se restringesse il potere degli immessi nel possesso provvisorio, e nel senso che essi siano responsabili della loro amministrazione nel modo stesso che un depositario.

381. Dicendo che il deposito non può aver per oggetto che cose mobili, non si deve intendere che tutte le cose mobili possono formar materia del contratto; i soli mobili *corporali* possono darsi in deposito, perchè soli possono essere custoditi. Quelli incorporali, non avendo consistenza, non essendo capaci di trasportarsi, non possono trasferirsi presso il depositario. Si avverta però che noi parliamo del *dritto in sè stesso*; mentre i titoli che lo comprovano appartengono alla classe delle cose corporali, e possono quindi formare oggetto del deposito.

382. Del resto, una cosa mobile, qualunque ne sia la qualità e la mole, può darsi in deposito, per ciò solo che è corporale, cioè capace di essere trasportata. Quindi, possono darsi in deposito azioni, lettere di cambio; e la giurisprudenza, ben a ragione, si è spinta fino a decidere che la consegna di una firma in bianco costituisce un deposito volontario (3).

383. Le cose fungibili possono pure essere date in deposito; solo è necessario indicare nell'atto gli oggetti depositati, le specie, i pezzi di moneta, che dovranno restituirsi, e non solo la quantità; senza di che la convenzione non costituirebbe già un deposito, ma un prestito semplice (4).

III. — 384. Un terzo carattere del deposito è, di avere unicamente per oggetto la custodia della cosa (art. 1915 (1787)): *Solam custodiam sine ulla utilitate acci-*

(1) Voët (*Depositi*, n. 3).

(2) *Vedi* Pothier (n. 3).

(3) *Vedi* Rig, 18 genn. 1831; Tolosa, 5 giugno 1841, Riom, 30 marzo 1844; Ric., 3 maggio 1848 (S. V., 31, 1, 192, 42, 2, 12; 44, 2, 321; 48, 1, 321; Dalloz, 31, 1, 49; 42, 2, 60; 45, 2, 70; 48, 1, 145; J. P., 1848, 2, 281).

(4) Cass., 26 aprile 1810; Besanzone, 13 novembre 1811 (S. V., 11, 1, 65; *Coll. nov.*, 3, 1, 177; 2, 576; Dalloz, 11, 1, 145; *Coll. alf.*, 5, 51).

picntis continet. Se la cosa sia consegnata con altro fine, non si farà un contratto di deposito : *Unius cujusque contractus initium spectandum et causa* (l. 8, Dig. *Mandati*). Per modo d'esempio, il litigante che confida al suo difensore i documenti e i titoli necessari alla difesa della sua causa non fa un deposito ; la custodia dei titoli e documenti costituisce allora l'accessorio del mandato che il litigante ha dato al difensore per sostenere la causa (1).

Da ciò sorge la necessità di fare un confronto tra il deposito ed alcuni altri contratti con cui ha qualche analogia : così rispiccheranno meglio i caratteri e la natura intima di quello che attualmente esaminiamo.

385. E primamente, prendiamo il mandato, contratto che può più facilmente confondersi col deposito, il quale al postutto è una varietà del mandato, un mandato *sui generis*, un mandato *de re custodienda*. Or è importante distinguere le due convenzioni per più ragioni : così, ponendo a riscontro gli articoli 1927 e 1992 (1799 e 1864), vedesi come per principio il mandatario sia tenuto di porre nella esecuzione del mandato confidatogli una diligenza maggiore del depositario; inoltre, la legge toglie al depositario infedele il beneficio della cessione dei beni (*infra*, art. 1945 (1817)), mentre pel mandatario applicasi il principio generale; infine, quest'ultimo può opporre la compensazione al mandante, mentre il depositario nol può (art. 1293, 2° (1247)).

Importa dunque determinare in che cosa distinguesi il deposito dal mandato.

A tal rispetto, si dovranno pria di tutto indagare i termini della convenzione, onde conoscere la intenzione delle parti. Se questa intenzione non risulti chiaramente, il contratto si potrebbe ritenere come mandato quando contenga un' obbligazione di fare in prò del mandante a carico del mandatario, poichè in generale il deposito non obbliga il depositario ad alcun fatto attivo, ma unicamente a custodire la cosa. Nondimeno, può in alcuni casi avvenire che, oltre questa obbligazione negativa, il depositario assuma qualche obbligazione positiva, senza che per questo si modifichi la natura del contratto, quando questa obbligazione sia la conseguenza naturale e necessaria dell'obbligo di custodire la cosa depositata. Per modo di esempio : io deposito il mio cavallo presso di voi; ciò implica l'obbligazione per parte vostra di nudrirlo, e, in caso di malattia, di curarlo; ma nompertanto la convenzione sarà sempre un contratto di deposito.

386. La giurisprudenza, in generale, si è ispirata a questi principî; e quindi ha deciso: che la consegna di danaro fatta a un notaio dal compratore di un immobile ad oggetto di pagare i creditori iscritti costituisce un mandato e non un deposito (2); che il notajo il quale si incarica di ricevere, per conto del suo cliente, dei capitali per farne un impiego determinato, è un vero mandatario e non un semplice depositario, come pure colui che riceve lettere di cambio per riscuoterle per conto del traente (3). In questi casi si assume un'obbligazione speciale di fare, che assorbisce l'obbligazione negativa derivante dalla consegna dei danari o delle lettere di cambio.

387. Nondimeno può ben darsi che i due contratti di mandato e di deposito si succedano immediatamente, senza confondersi, sebbene siano conseguenza necessaria ed inseparabile l'uno dell'altro. Per cagion d'esempio, io vi affido un oggetto per custodirlo per un determinato tempo, scorso il quale dovrete vendermelo in un momento opportuno, spedirlo o trasportarlo in qualche luogo. In tal caso noi facciamo evidentemente due contratti successivi, prima un deposito, e quindi un mandato. E pure Troplong, ritenendo il deposito come un

(1) Vedi Pothier (n. 9).

(2) Bourges, 6 maggio 1851 (S. V., 52, 2, 429; Dalloz, 53, 2, 3; J. P., 1851, t. I, p. 560).

(3) Parigi, 18 genn. 1834; Cass., 20 mag. 1814 (S. V., 34, 2, 93; *Coll. nov.*, 4, 1, 565; Dalloz, 15, 1, 524).

preliminare del mandato, afferma che quest'ultimo contratto assorbisca l'altro (1). Ma a noi sembra più esatto dire, che l'operazione costituisca dapprima un vero deposito, il quale si trasformerebbe in mandato quando, verificatosi lo avvenimento favorevole, abbia luogo la vendita o il trasporto della cosa depositata.

Per l'incontro, se un tale sia incaricato di riscuotere una somma e di custodirla quindi per lungo tempo, per esempio fino al ritorno del proprietario che sia in viaggio, sarebbe giusto e naturale dire che fino alla riscossione della somma egli sia un mandatario, e che quindi, essendo solamente incaricato di custodirla per consegnarla al deponente, nel che consiste il carattere essenziale del deposito, assuma la qualità e gli obblighi di depositario.

388. Dopo il mandato, troviamo il prestito ad uso, da cui bisogna accuratamente distinguere il deposito per determinare la responsabilità. Il carattere principale del prestito ad uso o comodato consiste nella facoltà data al comodatario di servirsi della cosa (*sopra*, nn. 65 e seg.). Si dovrà dire per questo che ogniqualvolta, depositando un oggetto, si permetta al depositario di servirsene, si conchiuda un comodato e non un deposito? No per fermo: l'art. 1930 (1802) suppone chiaramente, come vedremo bentosto, che il depositario possa essere autorizzato a servirsi della cosa depositata. Nondimeno, affinchè il contratto conservi il carattere di deposito, è necessario che abbia per oggetto principale e diretto la custodia della cosa, e che l'uso ne sia accidentale e rarissimo.

389. Le maggiori difficoltà nel determinare il limite dei due contratti nascono allorchè trattasi di estimare il reato di abuso di fiducia, in quanto che, prima della legge dei 17 aprile 1832, l'art. 408 (571) del Codice penale non riguardava la violazione del mandato, e, anche dopo questa legge, non comprende il comodato. Quindi è stato giudicato, che il fatto di ritenere un biglietto avuto per favore, onde far credere ad una fortuna menzognera, e per favorire progetti di matrimonio, non cade sotto l'applicazione dell'art. 408 (571), perciocchè trattasi piuttosto d'un comodato che di un deposito (2). Come pure è stato giudicato, che il distorno di mercanzie consegnate coll'obbligo di restituirle o di *corrisponderne il prezzo* non dà luogo al reato di abuso di fiducia, poichè la consegna fatta in questi termini non costituisce un deposito, ma una vendita condizionale (3).

390. Quando il contratto abbia per oggetto danaro od altre cose fungibili, e contenga la clausola che il depositario possa servirsi delle cose depositate, sarà deposito finchè le cose sussistono in natura. Ma si dovrà necessariamente dire, posciachè le cose più non esistono, che il deposito siasi trasformato in un prestito di consumo? Noi nol crediamo: il contratto allora sarebbe una varietà del deposito, il deposito irregolare di cui parleremo sotto l'articolo 1930 (1802).

Se però era intenzione delle parti, quando stipulavano il contratto, che le cose depositate dovessero immediatamente confondersi con quelle del preteso depositario, obbligato soltanto a restituirne una simile quantità, allora si formerebbe realmente un prestito di consumo. Così, il versamento nella cassa di un banchiere di somme che producono interesse, con facoltà di riprenderle, costituisce una rimessa di somme in conto corrente, e non un deposito (4).

391. Il deposito può alle volte mascherare un pegno. Il fatto presentossi in una specie sottoposta alla Corte di cassazione, la quale diede una decisione del tutto esatta.

(1) Troplong (*Del Deposito*, n. 32).

(2) Cass., 28 giugno 1860 (S. V., 60, 1, 918; J. P., 1861, p. 256; Dalloz, 61, 1, 471). *Conf.* Cass., 18 giugno 1835 (S. V., 35, 1, 852).

(3) Cass., 22 giugno 1860 (S. V., 60, 1, 917; J. Pal., 1861, p. 471; Dalloz, 61, 1, 471).

(4) Ric., 13 ag. 1856 (S. V., 57, 1, 637). — *Vedi* una soluzione analoga, in una decisione della Corte di Bordeaux del 6 febb. 1840 (S. V., 40, 2, 267).

Trattavasi di un banchiere che avea aperto un credito ad un terzo, per acquistarne azioni industriali; l'acquisto dovea farsi dal banchiere medesimo, il quale avrebbe trattenuto le azioni fino al pagamento del valore del credito. La Corte giudicò essere quello un contratto di deposito *e che le azioni garentivano il rimborso della somma impiegata per la loro compra* (1). Ma questa soluzione viene in urto coi caratteri essenziali del contratto di deposito, ed inoltre è tale da render facile la frode, perocchè in tal modo il debitore può garentire le sue obbligazioni sul suo patrimonio mobiliare, senza adempire le formalità protettrici stabilite nell'art. 2075 (1945).

IV. — 392. Poichè il contratto di deposito ha principalmente ed essenzialmente per oggetto la custodia della cosa, è indispensabile, per giungere a questo scopo, la consegna della cosa nelle mani del depositario, come è detto nell'art. 1919 (1791). Il deposito è dunque un contratto reale, che si perfeziona colla consegna della cosa. Certamente, non sarebbe vietato che due persone convengano tra di loro che l'una in un tempo determinato dovrebbe ricevere in deposito la cosa dell'altra: simigliante convenzione che, per dritto romano, non avrebbe dato luogo ad alcuna azione se non era rivestita delle forme della *stipulatio*, è obbligatoria secondo il nostro dritto e forma legge tra le parti (Cod. Nap., articolo 1134 (1088)); ma sarà un contratto innominato, regolato dai principî generali. Non sarebbe ancora un deposito, poichè, secondo l'art. 1919 (1791), questo contratto si perfeziona colla tradizione, cioè quando la cosa dalle mani del deponente passa in quelle del depositario, e quando questi è in grado di esercitare la custodia, oggetto del contratto di deposito.

Han torto adunque Toullier e Duvergier a criticare la denominazione di *contratto reale* data al deposito ed agli altri contratti che, come il deposito, non sono perfetti se non colla consegna della cosa al debitore (2). Gli è vero che, nel nostro dritto, la tradizione non ha più il medesimo interesse che nel dritto romano, ove il semplice patto non avea forza di produrre una azione; perlocchè appunto il Codice non ha indicato questa divisione dei contratti nel titolo *Delle obbligazioni convenzionali*. Ma non si può nel nostro dritto negare al deposito la qualifica ed il titolo di contratto reale, senza confondere il contratto medesimo colla semplice convenzione che lo può spesso precedere. Lo stesso Pothier lo qualificava in tal modo (3), sebbene ai suoi tempi fossero da poco introdotti i principî del dritto romano. Infatti, salvo lo effetto particolare che avea la tradizione nella legislazione romana, il carattere è rimasto per intero; a ragione dunque può *dirsi che*, fino a tanto la cosa non sia effettivamente consegnata, il contratto non può esistere, nè produrre i suoi effetti particolari e le obbligazioni che ne derivano (4).

393. Nondimeno, se la cosa trovisi già in possesso di colui a cui il deponente vuole affidarne la custodia, basta la semplice convenzione per trasformare il titolo in forza di cui quegli possiede, e costituirlo depositario. Per esempio, se si conviene tra noi, che la cosa che voi possedete a titolo di locatario, continuerete a custodirla come depositario; questa convenzione basta per rendere perfetto il contratto di deposito: in tal caso operasi in certo modo una novazione nella vostra qualità. Che se potesse sorger dubbio su questa mutazione di titolo, spetterebbe a voi farne la pruova, perocchè la vostra responsabilità come depositario sarebbe assai minore che se si trattasse di applicarvi le regole riguardanti gli altri contratti in generale.

Questa convenzione, sufficiente a rendere perfetto il contratto, vien detta dal Codice (art. 1919 (1791)) *tradizione finta*, espres-

(1) Ric., 10 dic. 1850 (S. V., 51, 1, 243; J. P., 1853, 2, 631; Dalloz, 54, 1, 399).
(2) *Vedi* Toullier (t. VI, n. 17); Duvergier (t. XXI, n. 383). *Conf.* Taulier (t. VI. p. 459).
(3) *Vedi* Pothier (n. 7).
(4) *Vedi* Troplong (n. 20).

sione che ricorda la distinzione romana tra la tradizione reale e quella *brevis manus*, e che, sebbene non più d'accordo colle nuove idee, pure vediamo varie volte ripetuta nelle nostre leggi (articolo 1606 e 1919 (1451 e 1791)). Del resto, non fa mestieri che il deponente consegni personalmente la cosa al depositario, nè che questi la riceva anche personalmente; potendosi fare la tradizione da mandatario a mandatario.

V.—394. Il deposito propriamente detto suddividesi in deposito volontario e in deposito necessario. Questa suddivisione, derivante dai fatti medesimi che dànno luogo al deposito, era indicata nel dritto romano.— Il deposito necessario o miserabile (*miserabile depositum*) è quello che si fa per un accidente non preveduto, e quasi sempre disgraziato.— Il deposito volontario si fa in qualunque altra circostanza, per quanto fossero più o meno imperiose le ragioni che spingono il deponente a farlo: il suo carattere principale consiste nella libertà che ha il deponente di scegliere il depositario.

La maggior parte delle regole indicate negli articoli seguenti sono comuni ad entrambi i depositi; per cui sarebbe stato certamente più logico non limitarle esclusivamente al deposito volontario. I compilatori del Codice hanno in ciò seguito l' ordine di Pothier, il quale però avea adottato un metodo migliore, trattando in un capitolo speciale del deposito necessario, di cui il Codice parla in una semplice sezione compresa nel capitolo del deposito propriamente detto. Checchenesia, noi seguiremo il medesimo sistema, che per altro non produce alcun inconveniente.

SEZIONE II.

DEL DEPOSITO VOLONTARIO.

1921 (1793). — Il contratto di deposito volontario si fa col consenso reciproco di chi deposita, e di chi riceve la cosa in deposito.

1922 (1794). — Il deposito volontario non può regolarmente farsi se non dal proprietario della cosa depositata, ovvero col di lui consenso espresso o tacito.

SOMMARIO.

I. 395. Il deposito volontario, come tutti i contratti, richiede il consenso delle parti. — 396. Il contratto non esiste, se le parti si fossero ingannate sull'oggetto medesimo del contratto. — 397. Ma l' errore sulla quantità o qualità delle cose depositate non ha alcuna influenza.—398. Quid *dell'errore sulla persona del deponente o del depositario? Distinzioni. — 399. Il Consenso può essere espresso o tacito.*

II. 400. Il deposito è fatto validamente da qualunque persona che detiene o possiede la cosa: senso ed estensione dell'art. 1922 (1794).

I.—395. Il deposito volontario si fa col consenso reciproco di chi deposita, e di chi riceve la cosa in deposito (art. 1921 (1793)): è questo il carattere essenziale del deposito volontario. Il deposito necessario si fa pure col consenso delle due parti; ma ha questo

di particolare, che la volontà del deponente è in certo modo costretta dalle circostanze. Invece, nel deposito volontario, il deponente conserva la sua libertà di agire: può a suo talento scegliere la persona a cui confidare la cosa, esaminare il grado di probità e diligenza di lei, e quindi determinarsi con piena conoscenza di causa. Ciò ha inteso dire l'art. 1921 (1793).

396. Nella stessa guisa che tutti gli altri contratti, il deposito richiede il consenso sull'oggetto del contratto. Il deponente deve aver l'intenzione di obbligare il depositario a custodire la cosa consegnatagli e che dovrà rendere identicamente, e il depositario di obbligarsi nei medesimi termini. Se dunque una delle parti intenda ricevere a titolo di prestito ciò che l'altra intende consegnarle a titolo di deposito, non vi sarebbe contratto, mancando l'accordo delle volontà (*concursus in idem placitum*) senza di cui il contratto non potrebbe sussistere (*vedi* n. 135): il preteso deponente avrebbe dritto a reclamare la cosa coll'azione di rivendicazione, se esista presso il depositario, ovvero coll'azione personale, se sia stata consumata; ma nessuno di essi potrà prelevarsi degli effetti particolari al contratto di deposito.

397. Ma avviene diversamente quando l'errore, anzichè sul contratto stesso, versi sulla sostanza o qualità della cosa. In altri contratti, come per esempio nella vendita e nella locazione, un tale errore potrebbe dar luogo ad un'azione di nullità; ma nel contratto di deposito non produce questo effetto. Ciò si comprende facilmente. Che importa al depositario se l'oggetto che dee custodire sia di una materia mentre ch'ei lo riteneva di un'altra, o che il danaro statogli confidato sia in realtà inferiore alla somma che ei credeva ricevere; mentre egli non ha dritto di servirsi della cosa depositata? Per altro l'oggetto vero del contratto non consiste in ciò che una delle parti abbia inteso dare o ricevere, ma in ciò che effettivamente è stato dato o ricevuto, e che quindi dovrà essere restituito.

Però, potrebbe nascere quistione se gli oggetti depositati, per esempio una somma di danaro, non essendo entro una cassa o in un sacco sigillato, ritrovinsi meno della quantità dichiarata. In tale ipotesi, la presunzione sarebbe contro il depositario, che non verificò la quantità al tempo del deposito; e dovrebbe egli provare che gli oggetti o la somma depositata non han potuto menomamente essere sottratti.

Aggiungasi che, se per un vizio sconosciuto o nascosto, la cosa fosse pericolosa, o se non altro capace di cagionare al depositario un danno qualunque che egli non avea potuto prevedere, in tal caso la cosa potrà restituirsi al deponente immediatamente e pria del termine convenuto. *Il* depositario potrebbe anche farsi autorizzare a porre sotto sequestro la cosa, fino a che ne possa rendere avvisato il deponente.

398. L'errore può anche versare sulla persona di una delle parti. Pothier, e dopo di lui Duranton, non fanno alcuna differenza, almeno quanto agli effetti, tra questo caso e quello di cui testè parlavamo; ma insegnano che l'errore sulla persona, del pari che l'errore sulla qualità o quantità della cosa, non impedisce che il contratto sia valido. Secondo loro, la persona con cui si convenne al momento del deposito, non è già quella che per errore si ritenne dare o ricevere la cosa depositata; ma quella che effettivamente ha dato o ricevuto la cosa (1). Siffatta opinione è certamente troppo generale. Il deposito è anzi tutto un contratto di fiducia, fondato quasi sempre sopra relazioni d'amicizia. Se dunque il depositario sia caduto in errore, e, ritenendo prestar servigio ad un amico, ha ricevuto da una persona a lui ignota un deposito, che può cagionargli noje e fastidì, non si può certamente costringerlo ad eseguire il contratto; ma devesi ammetterlo a farne dichiarare la nullità, e a liberarsi

(1) *Vedi* Pothier (n. 17); Duranton (t. XVIII, nn. 9 e 10).

immediatamente, restituendo la cosa depositata, pria che scorra il termine in cui, secondo la convenzione, avrebbe dovuto custodirla.

Nella ipotesi inversa, se il deponente sia incorso nell' errore, in quanto che, credendo consegnare la cosa ad un amico, l' abbia depositato presso una persona più o meno sicura, da lui non conosciuta, il deponente, secondo la opinione di Pothier e di Duranton, potrà far venir meno il contratto senza bisogno di agire per la sua nullità. Infatti, l' art. 1944 (1816) (vedi *infra* il commentario di questo articolo) obbliga il depositario a restituire il deposito al deponente appena che lo avrà domandato, ancorchè si fosse fissato nel contratto un termine per la restituzione; ed in tal modo egli riprenderà la cosa sua dalle mani di colui a cui l'avea per errore consegnata (1).

Notisi però, che qui parliamo del deposito ordinario; infatti avverrebbe ben altrimenti se si trattasse di quello *irregolare* di cui si parla nell' art. 1930 (1802), in cui il depositario può, in un dato momento, servirsi della cosa depositata; poichè allora la convenzione vieterebbe di ridomandare immediatamente la cosa, il deponente dovrebbe agire per la nullità.

399. Il consenso richiesto per formarsi il contratto non deve essere necessariamente espresso, ma può anche risultare dalle circostanze. Così se il deponente ha consegnato un oggetto a un suo amico, con piena conoscenza di costui, che non avendolo rifiutato ha obbligo di custodirlo, si riterrà che abbiano fatto un deposito. Però in questo caso, e in tutti i casi simili, la volontà del depositario deve essere manifesta e risultare chiaramente dalle circostanze che accompagnano il deposito (2).

Dicasi altrettanto del consenso del deponente, che, giusta l'art. 1922 (1794), può essere espresso o tacito.

II. — 400. Nello stesso articolo trovasi stabilito che il deposito non può regolarmente farsi se non dal proprietario. Questa disposizione va facilmente compresa.

L'art. 1922 (1794) non ha certamente inteso proibire a colui che possiede una cosa senza esserne proprietario, ma in virtù di un dritto qualsiasi, la facoltà di farne validamente deposito; nessun dubbio infatti che l' usufruttuario o il creditore pignoratizio possa depositare la cosa di cui ha l'usufrutto o che detiene a titolo di pegno, anche nelle mani del proprietario.—Ed anzi, bisogna anche ammettere che colui che illegalmente detiene una cosa, un ladro, per esempio, può validamente depositare l'oggetto rubato, e quindi intentare contro il depositario l'azione diretta come qualunque altro deponente: l' art. 1938 (1810) suppone formalmente la validità di tal deposito.—Infine, non è nemmeno dubbio che il depositario possa a sua volta costituirsi deponente, e depositare la cosa ricevuta in deposito. L' art. 1922 (1794) non si oppone a ciò, dicendo che il deposito non può regolarmente farsi *se non dal proprietario della cosa depositata, ovvero col di lui consenso espresso o tacito.*

Ma qual è dunque il senso di questo articolo? Esso ha voluto dire una cosa semplicissima, e che facilmente si sarebbe supplita nel silenzio della legge: cioè che il deposito della cosa altrui, sebbene leghi le parti tra loro (articolo 1937 e 1938 (1809 e 1810)), pure non vincola il proprietario se non quando vi ha il suo consenso espresso o tacito; d'onde la conseguenza, che il proprietario ha sempre dritto di reclamare la cosa sua, di farsela restituire dal depositario, senza che questi possa opporgli l' art. 1948 (1820), relativo al

(1) *Vedi*, in questo senso, Duvergier (n. 398); Troplong (n. 38); Dalloz alla parola *Deposito*, n. 33); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 3, nota 1); Bugnet, sopra Pothier (nota al n. 17).

(2) *Vedi* Pothier (n. 14).

dritto di ritenzione. Il depositario non potrà altro pretendere se non di essere rimborsato delle spese da lui fatte, essendo ingiusto che il proprietario si arricchisca a danno altrui (1).

1923 (1795). — Il deposito volontario debbe essere provato per mezzo di scrittura. Non è ammessa la pruova testimoniale, se il valore del deposito ecceda centocinquanta franchi.

1924 (1796). — Quando il deposito eccedente cinquanta ducati non sia provato con iscrittura, si presta fede a colui che è convenuto come depositario sulla sua dichiarazione; tanto per lo stesso fatto del deposito, quanto per le cose che ne formano l'oggetto, e per la loro restituzione.

SOMMARIO.

I. 401. Prova del deposito; origine dell'art. 1923 (1795).—402. Il deponente può, con un principio di prova per iscritto, provare il deposito per mezzo di testimoni, ed anche senza scrittura, se non ha potuto procurarsene, o se la quistione è impegnata avanti alla giurisdizione commerciale. — 403. Può agire per la rivendicazione, lasciando da canto l'azione personale? — 404. L'art. 1923 (1795) si applica anche innanzi alla giurisdizione penale.— 405. Ma, tanto nel civile, quanto nel penale, è di bisogno che vi sia deposito propriamente detto, nel senso dell'art. 1915 (1787): applicazione.

II. 406. Mancando la scrittura, si presta fede al depositario sulla sua dichiarazione. — 407. Motivi ed estensione di questo mezzo di prova. — 408. Restrizioni. — 409. La dichiarazione del depositario non può scindersi in di lui pregiudizio.—410. Mancando la prova per iscritto, il deponente può costringere il depositario a spiegarsi sull'esistenza del deposito. — 411 Gli può anche deferire il giuramento.

III. 412. La scrittura che prova il deposito dee talvolta essere rivestita delle forme dell'art. 1326 (1280).

I. — 401. Il contratto di deposito diviene perfetto col consenso, accompagnato dalla consegna dell'oggetto al depositario; ma non basta che vi sia il consenso, è necessario anche che sia provato, quando si nega. Di ciò si occupano gli art. 1923 e 1924 (1795 e 1796).

Nell'antico dritto romano, il deposito era sottoposto alla regola generale che permetteva per tutte le convenzioni la prova testimoniale. Giustiniano, volendo ovviare agli abusi che traea seco questo stato di cose e agli spergiuri che ne erano la conseguenza, richiese, per la pruova del deposito, un atto scritto e firmato da tre testimoni (Authent. : *Si quis vult. C. qui pot. in pig.*).

Nell'antichissimo dritto francese questa disposizione non era stata rispettata, e per regola generale il deposito potea provarsi per mezzo di testimoni. Però nel 1556 fu pubblicata l'ordinanza di Moulins, che introdusse un nuovo sistema di prove. E poichè nell'articolo 54 stabilivasi che fosse necessaria una scrittura per qualunque cosa che eccedesse il valore di 100 lire, sembrava che il deposito, come tutti gli altri contratti, dovesse essere soggetto alla regola generale. Ma si mossero dei dubbi: si disse sarebbe un'offesa per il depositario, a cui si chiede un servigio, domandargli una dichiarazione scritta; che il deponente sarebbe quasi in una impossibilità morale di pretendere ciò, e che quindi sa-

(1) *Vedi* Aubry e Rau (t. III, p. 446, nota 4); Troplong (n. 39).

rebbe giusto, in caso di contestazione, ammettere quest'ultimo a provarlo per testimoni. Però queste considerazioni, tendenti a violare la lettera e lo spirito dell'ordinanza, non furono ammesse. La giurisprudenza, tenendosi alla regola generale dell'art. 54, non che ai motivi di pubblico interesse a cui eransi ispirati i suoi compilatori, applicò rigorosamente la disposizione, ritenendo, come sorge dalla interpetrazione degli scrittori, essere quello l'unico mezzo per evitare le liti e prevenire lo scandalo delle false testimonianze, di guisa che se il deponente, fidando nel depositario, non richieda un atto scritto, deve incolpar sè stesso se poscia gli sia negato il deposito (1).

402. In seguito l'ordinanza del 1667, tit. XX, art. 2, confermò in tutte le sue parti questa giurisprudenza, che fu quindi riprodotta dal nostro art. 1923 (1795) e dallo art. 1341 (1295), secondo cui la prova del deposito volontario è sottoposta alle regole del dritto comune (2).

Non bisogna però dal testo laconico, dell'articolo 1923 (1795), dedurne esser sempre necessaria la prova scritturale quando il valore ecceda i 150 franchi. Giusta l'articolo 1347 (1301) sarà ammessibile la prova testimoniale quando esiste un principio di prova scritturale (3), quando si sarà smarrita la scrittura o non sia stato possibile procurarsi una prova letterale (art. 1348 (1302)), per esempio se il deposito sia stato carpito con frode (4), purchè però il dolo e la frode siano stati sufficientemente provati, tanto da porre il deponente nella vera impossibilità di procurarsi la prova scritturale del contratto (5).

Un'altra eccezione dee farsi all'art. 1923 (1795), quando trattasi di deposito commerciale, il quale, qualunque ne sia il valore, può provarsi per testimoni (6).

403. Adunque il deponente che non abbia curato di chiedere una scrittura, non può, per principio, intentare contro il depositario l'azione per la restituzione del deposito eccedente i 150 fr. Ma può egli, eludendo in qualsiasi modo tal difficoltà, agire contro il preteso depositario come detentore di un oggetto di sua proprietà? Noi sopra esaminammo la medesima quistione a proposito del comodato (nn. 33 e 34). Sebbene gli scrittori non l'abbiano preveduta, essa può anche presentarsi nel contratto di deposito colle medesime difficoltà. Difatti, a sostegno della negativa, potrebbe dirsi che il deponente, a cui è rimasta la proprietà, può scegliere tra l'azione personale che risulta dal contratto, e l'azione di rivendicazione inerente al suo carattere di proprietario; ma che avendo contravvenuto all'art. 1923 (1795), non può eludere le regole del contratto, nè far la pruova per testimoni, senza violare direttamente gli art. 1341 e 1923 (1295 e 1795).

Però, nonostante tutte queste ragioni di dubbio, noi crediamo che il deponente possa agire per la rivendicazione purchè non prenda dal contratto alcun elemento di prova. Dovrà in pria stabilire il suo dritto di proprietà sull'oggetto rivendicato, e per far ciò dovrà attenersi al disposto dall'art. 1341 (1295). Ma non basterà questa sola prova, poichè il detentore dell' oggetto potrà opporgli la presunzione dell'art. 2279 (2185), cioè che il possesso gli vale per titolo, e che fino alla prova in contrario è ritenuto di esserne proprietario. Sarà necessario inoltre, per far venir meno tal presunzione, che il deponente metta avanti la mala fede del depositario, e a tal fine potrà valersi di tutti i mezzi di prova, anche di

(1) *Vedi* Brodeau, sopra Louët (lett. D. somm. 33). — *Vedi* però Cujacio (Parat. sul titolo *Depositi*, del Codice).

(2) *Vedi* intorno a questo punto il commentario di Marcadè (t. III, parte 1ª, art. 1341 (1295)).

(3) Rig., 31 luglio 1812 e 3 dic. 1818 (S. V., *Coll. nov.*, 4, 1, 161; 5, 1, 555; Dalloz, *Racc. alf*, t. V, p. 52 e 85).

(4) Rig., 22 ag. 1840 (S. V., 41, 1, 255; Dalloz, 40, 1, 436).

(5) Cass., 20 apr., 1844 (S. V., 44, 1, 848; Dalloz. 44, 1, 399).

(6) Metz, 5 ag. 1822; Rouen, 9 genn. 1829 (S.V., *Coll. nov.*, 7, 2, 110; 9, 2, 188; Dalloz, *Racc. alf*, t. V, p. 60; 29, 2, 272).

quella per testimoni, purchè non invochi il titolo di depositario del convenuto, nel qual caso incorrerebbe nella proibizione dell'art. 1923 (1795).

Il depositario, da canto suo, sarebbe assai imbrogliato a respingere la pretensione dello attore: egli dovrà limitarsi a negare la proprietà di colui che rivendica o i fatti che hanno in mira di stabilire la sua mala fede, guardandosi però dal tener parola del deposito, per non somministrare al giudice una confessione a lui contraria.

404. La regola che vieta la prova testimoniale per un deposito ch'eccede i 150 franchi, sarebbe ben facilmente elusa, se si permettesse rivolgersi ai tribunali criminali per istabilire l'esistenza del contratto. L'antica giurisprudenza non ammetteva questo abusivo sotterfugio, decidendo costantemente, essere vietato ricorrere alle vie penali per procurarsi con mezzi indiretti una prova testimoniale riprovata dalla legge (1). Gli scrittori moderni e la giurisprudenza hanno seguito questa medesima opinione (2).

Ma si è mosso dubbio se il tribunale correzionale, adìto per un reato di violazione di deposito, sia competente per la quistione pregiudiziale della esistenza stessa del deposito. Alcuni scrittori opinano, doversi tal quistione rimandare al tribunale civile, che sarebbe solo competente (3). Ma con ciò si disconoscono i poteri del giudice penale e il pensiero dell'art. 3 (5 Cod. di proc. pen. italiano) del Codice d'istruzione criminale. Però oggi è generalmente riconosciuto, che il tribunale correzionale adìto per un delitto di violazione di deposito, è competente a giudicare la quistione della esistenza del contratto, uniformandosi sempre all'art. 1923 (1795), e rigettando la prova testimoniale nei casi in cui non potrebbe ammettersi da' tribunali civili (4).

405. Giovi però avvertire, che la regola che vieta la prova testimoniale, sia nel civile sia nel penale, applicasi solamente nel caso del deposito propriamente detto nel senso dell'art. 1915 (1787), quando si tratta di provare l'esistenza di questo deposito. Secondo questo principio è stato deciso, che la comunicazione di un *titolo*, fatta a sua richiesta a colui che si è con esso obbligato, non costituisce un deposito, poichè tal comunicazione si è fatta affin di esaminare il titolo stesso, e che quindi possa per mezzo di testimoni stabilirsi la prova del fatto (5). Parimente, quando non è impugnato il fatto del deposito, la prova testimoniale può ammettersi per *conoscere* l'autore del deposito e chi deve *sopportarne* le spese (6).

Nondimeno sorge da una recente decisione, che la consegna di azioni industriali fatta dal cliente al suo agente di cambio costituisca un deposito, e che debba provarsi secondo la regola dell'art. 1923 (1795) (7). Giovi notare che questa decisione ha condannato l'uso, più o meno autorizzato dalla legge, in cui sono la maggior parte degli agenti di cambio di non dare ricevuta dei titoli, valori o danaro che loro vengono depositati (*conf.* deliberazione del 27 prat. an. X, art. 11).

II. — 406. Allorchè il deposito ecceda i 150 fr., e non sia provato per mezzo di scrittura, si presta fede a colui ch'è convenuto come depositario sulla sua dichiarazione, giusta la formale disposizione dell'art. 1924 (1796). « Il deponente, diceva

(1) Nuovo Denizart (alla parola *Deposito*, § 1, p. 269).

(2) *Vedi* Metz, 31 genn. 1821; Amiens, 17 aprile 1822; Ric., 3 maggio 1848; Orléans, 7 febbraro 1853 (S.V, *Coll. nov.*, 6, 2, 356; 7, 2, 56; 48, 1, 321; 53, 2, 622; Dalloz, 48, 1, 143; 55. 5, 3; J. Pal., 1848, t. II, p. 281; 1853, t. I, p. 281). — *Vedi* pure Marcadè (art. 1348 (1302), n. II); Troplong (n. 47); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 5, nota 8).

(3) *Vedi* Toullier (t. IX, n. 148); Duranton (t. XVIII, n. 31); Duvergier (t. XXI, n. 417). — Cass., 12 mess. anno XI (S. V., *Coll. nov.*, 1, 1, 825).

(4) Merlin (Rep., alla parola *Deposito*, § 1); Chauveau ed Hélie (t. VII, p. 387). — Cass., 2 dicembre 1813; Angers, 1 luglio 1830 (S. V., *Coll. nov.*, 4, 1, 478; 50, 2, 476).

(5) Cass., 13 maggio 1834 (S. V., 34, 1, 573).

(6) Ric., 9 luglio 1806 (S. V., *Coll. nov*, 2, 1, 263).

(7) Bordeaux, 3 genn 1860 (S. V., 60, 2, 541; J. Pal., 1860, p. 660).

al Corpo legislativo il tribuno Favard per giustificare tal disposizione, si è rimesso alla fede del depositario, *totum fidei ejus commissum*; alla sua moralità, in cui ha troppo confidato, ma che non può negare. Egli non può incolpar che sè stesso della sua imprudenza... (1). »

Siffatta prova, speciale al contratto di deposito, fa le veci della confessione giudiziale, di cui parlasi nell'art. 1356 (1310) del Codice Napoleone. Ma ne differisce, secondo noi, in ciò, che il deponente non potrebbe, come in qualunque altra materia, fare interrogare il preteso depositario sopra fatti e articolati, non potendo altro richiedere al convenuto fuorchè una dichiarazione, come è detto nell'art. 1924 (1796).

407. Non deesi però ritenere, che la dichiarazione del depositario faccia fede di tutti i fatti sopra cui sia stato chiamato a dare spiegazione: l'art. 1924 (1796) indica limitatamente i punti in cui gli sarà prestata fede. La sua dichiarazione in pria farà fede sul fatto stesso del deposito; la legge, nella contraddizione delle parti, preferisce il depositario, supponendo essere impossibile che tradisca quella confidenza che in lui si ripose, negando un deposito che realmente fu fatto.

Confessato il deposito, se muovesi quistione sulle cose che ne hanno formato l'oggetto, sarà eziandio prestata fede alla dichiarazione del depositario. Quindi sarà rigettata la domanda dell'attore che voglia stabilire che, oltre le cose confessate dal depositario, altre gliene abbia consegnate. In conseguenza dovrà parimente prestarsi fede al depositario per ciò che riguarda lo stato della cosa allorchè fu depositata, e lo impiego fattosene posteriormente al contratto (2).

La dichiarazione del depositario farà anche fede per ciò che riguarda la restituzione delle cose depositate, nè potrà il deponente impugnare gli accidenti dichiarati dal depositario come causa di siffatta restituzione (3).

Da ultimo notiamo che, fatta la dichiarazione, il deponente non può metterne in dubbio la fede con semplici presunzioni, poichè in tal modo si andrebbe contro la disposizione formale dell'art. 1924 (1796(4).

408. Giovi però ripetere, la disposizione di questo articolo è eccezionale e deroga al dritto comune, secondo cui, venendo in urto due contrarie pretensioni, il giudice non dee rivolgersi all'una piuttosto che all'altra; bisogna quindi restrignerla rigorosamente nei suoi termini precisi. A ragione dunque si è ritenuto, la dichiarazione del depositario non far fede sul modo della restituzione (5), sulle quistioni sorte tra vari deponenti quanto ai loro rispettivi interessi (6), sulle difficoltà sopravvenute in occasione del deposito tra uno dei contraenti e terze persone (7).

409. Poichè, giusta l'art. 1924 (1796), la dichiarazione del depositario tien luogo della confessione giudiziale (*sopra*, n. 406), è giusto e logico doversi applicare la disposizione dell'art. 1356 (1310), e quindi decidere che tal dichiarazione non può rivolgersi contro il depositario che l'ha fatta, se non quando i diversi elementi della dichiarazione abbiano tra loro un intimo legame e riferiscansi direttamente al deposito (8).

410. Arroge che, se da un canto la legge pone il giudice nella necessità, in mancanza

(1) *Vedi* Locrè (t. XV, p 132); Fenet (t. XIV, p. 511).
(2) *Vedi* Riom, 26 dic. 1808 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2. 453).
(3) Bordeaux, 27 genn. 1816; Nîmes, 9 gen. 1833 (S.V. *Coll. nov.*, 5, 2, 97; 33, 2, 206; Dalloz, *Racc. alf.*, 10, p. 475; 33. 2, 186).
(4) Cass.. 18 marzo 1807 (S. V., *Coll. nov.*, 2, 1, 361; Dalloz, *Racc. alf.*, t. V, p. 68).
(5) Ric., 6 ott. 1806 (S.V.,*Coll. nov*., 2, 1, 293).
(6) Parigi, 10 febb. 1831 (S. V., 31, 2, 223; Dalloz, 31, 2, 54).
(7) Montpellier, 7 genn. 1841; Nîmes, 12 dicembre 1850 (S. V., 51, 2, 141; Dalloz, 51, 2, 82; J. Pal., 1852, t. 1, p. 537).
(8) Ric., 10 genn. 1832; Parigi, 20 febb. 1852 (S.V., 32, 1, 91; 52, 2, 124).—*Vedi* però Colmar, 26 giugno 1816; Parigi, 2 febb. 1842 (S. V., *Coll. nov.*, 5, 2, 164; 42, 2, 63).

di scrittura, di prestar fede alla dichiarazione del depositario, alla cui discrezione è in certo modo affidato il deponente, dall'altro sarebbe giusto che questi, mancandogli ogni altra prova, possa obbligare il depositario a spiegarsi sull'esistenza dello allegato deposito (1).

411. In conseguenza potrà deferirgli il giuramento, ai termini dell'articolo 1358 (1312) e seguenti, quando riusciti inutili tutti gli altri mezzi, il depositario persista a negare l'esistenza del deposito. Il giuramento decisorio non può esser dichiarato inammessibile come riferentesi ad un delitto, perchè il negare un deposito per sottrarsi all'obbligazione di restituire l'oggetto depositato o l'equivalente valore non costituisce il delitto di violazione di deposito.

III. — 412. Essendo il deposito un contratto sinallagmatico imperfetto (*sopra*, n. 373), non dee per necessità osservarsi la formalità dei doppi originali richiesta dall'art. 1325 (1279), quand'anche siasi convenuto un salario, tale però da non far degenerare il deposito in locazione di servigi (*sopra*, nn. 377 e 378). Difatti, potendosi il deponente dispensare dal pagamento del salario ritirando tosto il deposito, ben a ragione può dirsi che il contratto, in principio, non dà luogo ad obbligazione che da parte del solo depositario.

Però se si tratta di deposito di danaro o di altro oggetto valutabile, l'atto dee contenere il *buono* o l'*approvato*, se non è scritto per intero dal depositario, come prescrive l'art. 1326 (1280) (2).

1925 (1797). — Il deposito volontario non può aver luogo se non fra persone capaci di contrattare.

Ciò non ostante, se una persona capace di contrattare accetti il deposito fattole da una persona incapace, è tenuta a tutte le obbligazioni di un vero depositario. Essa può essere convenuta in giudizio dal tutore o dall'amministratore della persona che ha fatto il deposito.

1926 (1798). — Se il deposito sia stato fatto da una persona capace presso un'altra incapace, quegli che ha fatto il deposito non ha se non l'azione di rivendicazione della cosa depositata, finchè la medesima esiste presso il depositario, ovvero un'azione di restituzione sino alla concorrenza di quanto si è convertito in vantaggio di quest'ultimo.

SOMMARIO.

I. 413. Capacità necessaria per fare o ricevere un deposito.—414. I minori non emancipati e gl'interdetti sono assolutamente incapaci; il minore emancipato può fare un deposito, ma non riceverlo.—415. Dicasi lo stesso delle persone soggette ad un consulente giudiziario.—416. Quid *delle donne maritate? Distinzioni.—417. Passaggio alle conseguenze del contratto di deposito in cui prendano parte persone incapaci.*

II. 418. Primo caso. Se il deposito sia fatto da un incapace ad una persona capace, quest'ultima è tenuta a tutte le obbligazioni di un vero depositario. Al contrario, il deponente incapace può fare rescindere il contratto, salvo sempre al depositario il dritto di farsi tener conto delle spese necessarie o utili da lui fatte in occasione del deposito.

III. 419. Secondo caso Se il deposito sia fatto da una persona capace presso un incapace, questi non sarà responsabile della sua negligenza nella custo-

(1) Riom, 22 genn. 1811; Aix, 28 febb. 1832 (S. V, *Coll. nov.*, 3, 2, 400; 32, 2, 317; Dalloz, 33, 2, 229).

(2) Cass., 12 genn. 1814 (S.V., 14, 1, 33; *Coll. nov.*, 4, 1, 508; Dalloz, 14, 1, 165; *Racc. alf.*, 5, 69).

dia della cosa depositata, la quale può essere rivendicata finchè esista nelle mani di lui; se però l'abbia impiegata o consumata, è tenuto sino alla concorrenza di quanto si è convertito in vantaggio di lui. -420 Eccezione nel caso in cui l'incapace abbia commesso il reato di abuso di fiducia.

IV. 421. Terzo caso. Se il deposito sia fatto da un incapace ad una persona anche incapace, dovranno seguirsi le medesime regole del caso precedente.

I.— 413. L'art. 1925 (1797), nella sua prima disposizione, stabilisce un principio applicabile a tutte le convenzioni: il deposito volontario non può aver luogo se non fra persone capaci di contrattare. L'articolo 1124 (1078) dichiara incapaci a contrarre i minori, gli interdetti, le donne maritate, nei casi espressi dalla legge, e generalmente tutti coloro ai quali la legge proibisce taluni contratti. Applichiamo questa regola al deposito, e vediamo in qual modo questo contratto sia permesso o vietato a ciascuna di tali persone.

414. Nessun dubbio rispetto ai minori, almeno rispetto a quelli non emancipati, e agli interdetti. La legge toglie loro l'amministrazione dei proprì beni e la confida ad un tutore, a cui in conseguenza passa implicitamente il dritto di affidare in deposito le cose del minore o dell'interdetto, il che può costituire un atto di buona amministrazione. Per altro, il sesolo tutore ha il dritto d'intentare le azioni mobiliari ed alienare i mobili, bisogna necessariamente inferirne ch'egli possa costituire un deposito.

Il minore emancipato, sebbene abbia soltanto la semplice amministrazione dei suoi beni, può, secondo noi, fare validamente un deposito; poichè quest'atto non eccede i limiti della capacità ristretta di cui la legge lo investe, tanto più che, secondo una opinione generale, esattissima per altro, egli può alienare i suoi mobili corporali ed anche obbligarsi per ciò che riguarda la sua amministrazione. Per l'incontro, egli sarebbe incapace di ricevere un deposito senza la assistenza del suo curatore (articoli 481 e 484 (404 e 407)), poichè il fatto di costituirsi depositario non può per niun modo comprendersi fra gli atti di amministrazione.

415. La medesima distinzione convien fare relativamente all'individuo soggetto ad un consulente giudiziario (art. 499 e 513 (422 e 436)), il quale quindi sarà incapace non di fare, ma di ricevere un deposito. Gli è vero che rispetto a lui la capacità è la regola, poichè la legge, indicando tassativamente gli atti che gli sono vietati, non vi ha compreso quello di costituirsi depositario; però non si può ritenerlo capace, poichè il fatto di accettare un deposito lo renderebbe obbligato al di là dei limiti della sua capacità.

416. Infine, per rispetto alla donna maritata, bisogna fare una importante distinzione. Se ella sia sottoposta ad una regola che attribuisce al marito l'amministrazione di tutti i suoi beni personali (comunione, regola senza comunione, regola dotale relativamente ai beni dotali), sarà incapace come il minore non emancipato, poichè, non potendo amministrare le sue sostanze, non può nemmeno consentire un atto di deposito; ma potrà il marito consentirlo per lei. Se per l'incontro abbia conservato o ripreso l'amministrazione de' suoi beni (regola della separazione), potrà validamente fare un deposito, poichè allora ella è più capace del minore emancipato, potendo, almeno secondo l'opinione generale, alienare i suoi mobili ed obbligarsi.—Ma sotto qualunque regola sia maritata, la donna, secondo noi, non può ricevere un deposito senza l'autorizzazione del marito, poichè un tale atto eccede sicuramente la misura della più larga amministrazione.

417. Ciò detto sulla capacità, dobbiamo ora determinare le conseguenze che potrebbe avere un contratto di deposito fatto da persone incapaci. Tre ipotesi possono avvenire: o che il deponente sia incapace e il depositario capace: o la ipotesi

inversa; o che l'uno e l'altro siano incapaci.

II. — 418. La prima ipotesi è preveduta nella disposizione dell'art. 1925 (1797). Così, se una donna maritata sotto la regola della comunione, un minore non emancipato, abbiano confidato ad una persona capace la custodia di una cosa mobile corporale, il contratto, secondo il principio generale scritto nell'art. 1925 (1797), sarà nullo relativamente, in quantochè il deponente incapace che vi abbia interesse avrà solo la facoltà di farlo annullare, o da sè stesso se sia divenuto capace, o per mezzo del suo rappresentante legale nel caso contrario. Il depositario capace, secondo la disposizione del medesimo articolo, sarà tenuto a tutte le obbligazioni di un vero depositario, e può essere convenuto in giudizio dal marito o dal tutore.

Però non bisogna nulla esagerare: se quest' ultimo abbia fatto spese necessarie o utili in occasione della cosa depositata, il deponente gliene dovrà tener conto, non già, come dice Pothier (n. 6), in virtù dell'azione di gestione di affari, mentre nella specie non concorrono per nulla le condizioni di questo quasi contratto, ma in conseguenza del principio che nessuno, nemmeno lo incapace, deve arricchirsi a danno altrui.

III. — 419. Nella seconda ipotesi, cioè quando il deposito sia stato fatto presso un incapace da una persona capace, bisogna riferirsi all' art. 1926 (1798). Anche in questo caso il contratto è nullo relativamente, ed in vantaggio del solo depositario incapace. In conseguenza gli articoli 1927 (1799) e seg. (di cui quanto prima parleremo) non potranno opporsi a quest'ultimo, e quand'anche egli non avesse usato nella custodia della cosa la diligenza ordinaria di un depositario, non sarebbe responsabile della sua negligenza, poichè l'azione di deposito non può utilmente esercitarsi contro di lui; egli la respingerebbe facendo pronunziare la rescissione del contratto.— Non così per ciò che riguarda l'obbligo di restituire risultante dal contratto a carico del depositario. Certamente, il vizio del contratto potrebbe liberare da questa obbligazione come da quella relativa alla custodia. Ma qui prevale un altro principio, quello che testè accennammo, cioè che nessuno, nemmeno l'incapace, deve arricchirsi a danno altrui. In conseguenza, secondo è detto dallo stesso articolo 1926 (1798), il deponente avrà, sia l'azione di rivendicazione che appartiene a chiunque voglia riprendere la cosa sua dalle mani di un terzo che la detiene indebitamente, quando la cosa depositata esista ancora presso il depositario, sia un'azione personale, quando il depositario incapace abbia impiegato o consumato la cosa, ritraendone un qualche vantaggio.

420. Il modo generale con cui è dettata la disposizione dell'art. 1926 (1798) parrebbe dover portare per conseguenza, che lo incapace non debba mai rispondere se non in quanto siasi arricchito in danno del deponente. Ma questo principio, vero in tesi generale, soffre una importante modificazione. Se la donna maritata, se il minore agendo con discernimento, abbiano commesso il reato di abuso di fiducia preveduto e punito dall' art. 408 (631) del Codice penale, eglino potranno essere validamente condannati ai danni-interessi, quand' anche non abbiano ricavato alcun profitto dal distorno della cosa, poichè lo art. 1310 (1264) del Codice Napoleone dichiara che il minore non può restituirsi in intero contro i suoi delitti. Invano si direbbe che in tal caso il deponente sia in colpa di essersi affidato ad un incapace; poichè il minore, la donna maritata non hanno potuto ignorare le conseguenze della violazione del deposito. Per altro questo medesimo ragionamento potrebbe opporsi quando il deposito sia stato fatto presso una persona capace.

IV. — 421. Infine, nell'ultima ipotesi, quando il deposito sia stato fatto da un incapace presso una persona incapace, bisogna anche riferirsene alle disposizioni dell' articolo 1926 (1798). Gli è vero che questo articolo non prevede precisamente il caso;

ma non vi ha alcuna ragione, come dice Merlin, per rendere obbligato il depositario incapace verso un deponente incapace diversamente di quel che avviene verso un deponente capace (1).

SEZIONE III.

DEGLI OBBLIGHI DEL DEPOSITARIO.

422. Il depositario ha una doppia obbligazione: 1° custodire fedelmente la cosa affidatagli; 2° restituirla quando gli sia domandata dal deponente. Con quest'ordine esamineremo la estensione e le conseguenze di coteste sue obbligazioni.

1927 (1799).—Il depositario dee usare, nel custodire la cosa depositata, la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono.

1928 (1800).—La disposizione del precedente articolo debbe applicarsi con maggior rigore:

1° quando il depositario siasi egli stesso offerto a ricevere il deposito;

2° quando abbia stipulato un salario per la custodia del deposito;

3° quando il deposito siasi fatto unicamente per l'interesse del depositario;

4° quando siasi convenuto espressamente che il depositario sia tenuto per qualunque colpa.

1929 (1801).—Il depositario non è tenuto in verun caso per gli accidenti prodotti da una forza irresistibile, eccettochè quando sia stato costituito in mora per la restituzione della cosa depositata.

SOMMARIO.

I. 423. Il depositario deve vegliare alla custodia della cosa. — 424. La sua responsabilità a tal riguardo vien determinata secondo la diligenza che egli impiega nei suoi propri affari.— 425. Motivi di questa derogazione all'art. 1137 (1091).—426. Controversia sulla estensione di questa responsabilità.— 427. Il depositario sarebbe in colpa se, in un momento di pericolo, salvi la cosa propria in preferenza a quella del deponente? Distinzione. — 428. Sarebbe nulla la convenzione con cui venisse dispensato il depositario dalla responsabilità per le sue colpe.

II 429. In quali casi la responsabilità del depositario è impegnata con maggiore rigore, art. 1928 (1800). — 430. Primo caso. Quando il depositario siasi egli stesso offerto a ricevere il deposito. — 431. La eccezione applicasi naturalmente ad alcune persone per ragion della loro condizione o della loro professione.—432. Secondo caso. Quando siasi stipulato un salario per la custodia della cosa depositata. — 433. Terzo caso. Quando il deposito siasi fatto unicamente per l'interesse del depositario.—434. Dicasi lo stesso se il deponente ed il depositario abbiano un interesse comune.—435. In questi tre casi, il depositario deve usare nella custodia della cosa la diligenza di un buon padre di famigia.

(1) *Vedi* Merlin (alla parola *Rivendicazione*, § 3). — *Vedi* pure Troplong (n. 59); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 4, nota 2).

— *436. Quarto caso. Quando le parti abbiano convenuto che il depositario risponderebbe di qualunque specie di colpa.*

III. 437. Il depositario non risponde della forza maggiore. — 438. Spetta a lui provarla. — 439. Eccezione *: quando sia stato messo in mora. — 440. Il depositario, in massima, non può gravarsi dei casi di forza maggiore. — 441. L'art. 1929 (1801) applicasi soltanto al deposito propriamente detto.* Secus *quanto al deposito irregolare.*

I. — 423. Il depositario deve custodire fedelmente la cosa che ha ricevuto in deposito; è questa la prima delle obbligazioni che il contratto pone a suo carico. Il depositario in ciò si rassomiglia al comodatario, il quale, ai termini dello art. 1880 (1752) è tenuto ad invigilare alla custodia e conservazione della cosa prestata; e sebbene, nelle disposizioni della legge relative al deposito, non trovisi la sanzione formale dei danni ed interessi scritta in fine di quest'ultimo articolo, non è dubbio che il depositario, del pari che il comodatario, impegna la sua responsabilità e può essere condannato ai danni interessi, ove manchi a questa prima obbligazione risultante dal contratto di deposito.

424. Ma in qual modo dovrà egli custodire la cosa per non incorrere questa responsabilità? A tal rispetto, la condizione del depositario differisce da quella del comodatario, in quanto che egli non deve impiegare il medesimo grado di vigilanza: infatti, secondo l'art. 1927 (1799) il depositario deve usare, nel custodire la cosa depositata, *la stessa diligenza* che impiega per custodire le cose che gli appartengono. È questo uno dei casi eccezionali a cui accenna l'art. 1137 (1091), il quale, facendola finita colle famose teorie delle tre colpe e della colpa considerata *in abstracto* o *in concreto*, di cui abbiamo parlato a proposito del comodato (*sopra*, nn. 76 e seg.), e stabilito per principio che la obbligazione di vegliare alla conservazione della cosa sottopone colui che ne ha il carico ad impiegarvi *tutta la diligenza di un buon padre di famiglia*, aggiunge che questa obbligazione è più o meno estesa relativamente a taluni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati nei rispettivi titoli. Il deposito è appunto uno di questi contratti, in cui la obbligazione di che trattasi è meno estesa, in quanto che vien determinata non sul tipo del buon padre di famiglia che è la regola comune e quella a cui è tenuto il comodatario, ma secondo le abitudini personali di colui a cui è imposta. Così dispone formalmente l'art. 1927 (1799), il quale a tal riguardo riproduce, quanto alla responsabilità del depositario, la teoria romana, ammessa non senza esitazione, come sorge dal testo medesimo della legge 32, *Dig. Dep. vel contra*: « *Quod Nerva diceret...* « *Proculo displicebat* : mihi verissimum « videtur. Nam et si quis non ad eum mo« dum, quem hominum natura desiderat, « diligens est, nisi tamen ad suum modum « curam in deposito praestat, fraude non « caret; *nec enim salva fide minorem iis,* « *quam suis rebus, diligentiam praesta-* « *bit.* »

425. Questo temperamento fatto alla severità dell'art. 1137 (1091) si giustifica da sè stesso. Il contratto in questo caso riguarda l'utilità del solo deponente, a cui il depositario rende un servigio puramente gratuito. Non sarebbe giusto adunque di chieder conto troppo severamente a questo depositario delle negligenze che ha potuto commettere; avvegnachè debba supporsi che, consentendo a ricevere il deposito, egli ha inteso mettere nella custodia della cosa altrui la stessa diligenza che suol mettere nella custodia delle proprie, e non sottoporsi ad una vigilanza e a delle sollecitudini che non gli erano consuete (1).

426. Ma se il depositario deve adoperare, nella custodia della cosa depositata,

(1) Pothier (n. 26).

la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono, si dovrà perciò credere ch'egli non debba mai render conto della colpa lieve commessa nella custodia del deposito, quand'anche non la commetterebbe nel governo dei suoi propri affari? In altri termini, dovrà ritenersi che egli non sia mai tenuto ad usare la diligenza di un buon padre di famiglia? Molto fu detto intorno a questo punto nell'antico dritto, ed alcuni scrittori aveano sostenuto che se il depositario commettesse alcune negligenze, lievi per altro, che però non avrebbe commesso nell'amministrazione del suo patrimonio, non si dovrebbe fargli incorrere alcuna responsabilità, quand'anche egli nei suoi affari raggiungesse il tipo del buon padre di famiglia (1). Ma Pothier avea contraddetto questa dottrina, dimostrando che un fatto il quale, considerato *in abstracto*, costituirebbe una lieve colpa, potrebbe, in persona di un depositario circospetto e diligente, diventare una colpa grave, di cui deve essere dichiarato responsabile (2). Questa opinione volle certamente riprodurre il nostro articolo. In qualunque ipotesi bisogna prendere a modello la diligenza del depositario nel governo dei suoi affari, e secondo questa giudicare la sua condotta nella custodia del deposito. Se egli in generale, sia un uomo poco accorto nei propri affari, il deponente non avrà di che dolersi, se quegli non abbia commesso nè dolo, nè colpa grave: *Debet sibi imputare quod talem elegerit*. Se per contro il depositario sia un amministratore vigilante, e tale da ispirare piena fiducia al deponente, sarà risponsabile verso quest'ultimo, se non abbia usato tutta quella diligenza che avrebbe certamente messa nel custodire la cosa propria. Il principio è quello indicato da Pothier, cioè che bisogna decidersi non sulla gravezza della colpa in sè stessa, *in abstracto*, ma sulla sua gravezza, *in concreto*, avuto riguardo alle abitudini di colui che l'abbia commesso (3).

427. Ciò posto, riesce facile risolvere la quistione, se il depositario sia in colpa nel caso in cui, colto da un accidente impreveduto, abbia salvato la cosa propria a preferenza di quella del deponente. A tal rispetto il depositario non può pareggiarsi al comodatario, il quale, secondo l'articolo 1882 (1754) deve salvare la cosa prestata piuttosto che la propria (*sopra*, nn. 94 e 95); e la ragione è che il depositario, anzichè ricevere un servigio, lo rende: in conseguenza egli non avrà altro obbligo che di sottrarre dal pericolo, se sia possibile, la cosa depositata nel medesimo tempo che la sua, o di salvare prima la sua e quindi quella depositata (4).

Se però la cosa depositata fosse molto più preziosa della sua, egli sarebbe in colpa se non l'avesse salvato a preferenza. Se fosse a lui appartenuta, egli senza dubbio l'avrebbe salvata pria d'ogni altra; ma poichè per principio egli dee usare, nel custodire la cosa depositata, la medesima diligenza che impiega nel custodire le cose che gli appartengono, mancando, nel caso supposto, a questa obbligazione, sarà tenuto verso il deponente. Ma egli non dovrebbe altro pagare che la differenza tra il valore della cosa sua e quello della cosa depositata che ha fatto perire, cioè deve rimborsare il deponente del danno realmente sofferto; infatti se egli avesse a preferenza salvato la cosa depositata, il deponente avrebbe dovuto, secondo l'art. 1947 (1819) (vedi *infra* il commento di questo articolo), farlo indenne della perdita della cosa che sacrificò per salvare quella affidatagli in deposito (5).

428. L'obbligazione di custodire fedelmente il deposito è essenziale nel contratto,

(1) La medesima dottrina è stata riprodotta sotto il Codice Napoleone. — *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 37); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 448, e nota 1).

(2) Pothier (n. 27).

(3) *Vedi*, in questo senso, Duvergier (t. XXI, n. 427); Troplong (n. 69); Taulier (t. VI, p. 444); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 6, nota 1). — *Conf.* Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 415).

(4) *Vedi* Pothier (n. 29).

(5) *Vedi* Mourlon (*loc. cit.*).

nè potrebbe convenirsi che il depositario non debba rispondere della perdita, anche cagionata per suo dolo. Infatti la legge 1, § 7, *Dep. vel contra*, dice che tale obbligazione sarebbe contraria ai buoni costumi. Ciò sembra che venga in opposizione colla legge, 27, § 3, Dig. *De pactis*, secondo la quale potrebbe convenirsi che il deponente non abbia l'azione di deposito. Ma, lasciando da canto le tante discussioni fatte per conciliare i due testi, non importandoci conoscere quale interpretazione debba piuttosto seguirsi, diciamo che il principio trovasi indubitatamente consacrato nel primo. La leg. 27 *De Pactis* poi significa unicamente, a nostro avviso, che la restituzione del deposito è lasciata assolutamente a discrezione del depositario: il deponente nudre tanta fiducia per lui, che anche quando il depositario fosse pregato di fare la restituzione, ei non potrebbe sospettare un rifiuto; in tal modo si vollero risparmiargli le noie di un processo e i cavilli che potrebbero suscitare i mal volenterosi eredi. È questo probabilmente il significato d'una legge che non sarà forse applicata giammai nella pratica.

II. — 429. Il principio scritto nell'art. 1927 (1799), da cui in ultima analisi risulta, che il depositario non sia responsabile che del dolo e della colpa grave, riceve quattro eccezioni in grazia di circostanze eventuali, estranee per sè medesime al contratto di deposito, ma che talvolta collegandosi ad esso, aggravano la responsabilità del depositario. Tali eccezioni sono indicate nell'art. 1928 (1800).

430. La prima avviene quando il depositario siasi offerto volontariamente per ricevere il deposito. In tal caso è naturale che questi sia più rigorosamente obbligato. Pothier ne esprime in questi termini il motivo: « Offerendosi alla custodia del deposito, egli ha potuto impedire che questo venisse affidato ad altra persona assai più cauta di lui: *Si quis se deposito obtulit, Julianus scribit periculo se depositi illigasse; ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*, l. 1, § 35, ff. *Dep*. (1). »

Ma su tal punto è mestieri che *ben si* comprenda il disposto dall'art. 1928 (1800), il quale suppone o che il depositario abbia fatto nascere nel deponente l'idea del deposito, a cui questi non pensava, o che, avendo il deponente l'intendimento di eseguire il deposito, il depositario siasi offerto ed abbia chiesto la preferenza sopra di un terzo. In ambo i casi havvi promessa tacita di una maggiore vigilanza, la quale ha spinto il deponente, vuoi ad eseguire il deposito, vuoi a dare a colui che si è offerto la preferenza sopra un'altra persona alla quale avea dapprima pensato. Ma non vuolsi estendere più oltre la disposizione eccezionale dell'art. 1928 (1800), della quale si esagererebbe il valore ove, ad esempio, si volesse applicarla al caso in cui un terzo si costituisca depositario per trarre d'impaccio una persona già pronta a partire, che non trovi a chi affidare gli oggetti che vuol lasciare. Non è dubbio che in questo caso il motivo della legge vien meno. Del resto, tocca ai giudici ravvisare le minime differenze ch'esistono tra le diverse specie.

431. Questa prima disposizione eccezionale ci sembra dover essere naturalmente applicata alle persone le quali, a ragione delle funzioni ch'esercitano, sono indicate o quasi imposte alla confidenza pubblica per ricevere i depositi. Tali sono i notari, i quali, sebbene da sè medesimi non si offeriscano, tuttavia la loro posizione e le loro abitudini professionali sono bastevoli perchè ad essi si attribuisca una maggiore responsabilità. Tali sono pure gli albergatori e i locandieri, come sarà detto appresso nel comento degli art. 1952 (1824) e *seg.*

432. Il secondo caso preveduto dall'art. 1928(1800) è quello in cui il depositario abbia convenuto una mercede per la custodia del deposito. Benchè il contratto di deposito sia ordinariamente gratuito, nondimeno abbiamo veduto (*sopra*, nn. 377 e seg.) po-

(1) Pothier, (n. 30).

tersi pattuire una mercede senza che il contratto perda il suo carattere e degeneri in locazione di opera. A questo caso eccezionale si riferisce appunto l'art. 1928 (1800), 2° Egli è vero che qui è scarso il salario, avuto riguardo al servigio prestato; ma in fin de' conti una mercede esiste. Maggiori servigi si possono dunque richiedere dal depositario; e poich'egli ha interesse che il deposito abbia luogo, poichè il contratto non torna ad esclusivo vantaggio del deponente, è questo il caso di applicare il principio stabilito nell'art. 1137 (1091), che in tal congiuntura, proclama la responsabilità di chi, preposto alla conservazione di una cosa, non v'impieghi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia (*infra*, n. 435).

Notiamo soltanto che l'eccezione non vuol essere estesa al depositario che, nel tempo della custodia, avesse ricevuto taluni doni volontari dal deponente (*sopra*, n. 379); dappoichè questo fatto non basterebbe a far considerare il deposito come rimunerato.

433. La terza eccezione è applicata dall'art. 1928 (1800) al caso in cui il deposito sia fatto unicamente per l'interesse del depositario. Ecco l'esempio addotto da Pothier che l' ha tolto da Ulpiano (l. 4, ff. *De reb. cred.*) : « Voi mi avete pregato di prestarvi una certa somma, quando per avventura vi fosse necessaria per l'acquisto di un fondo che avete in animo di comprare. Nel punto d'intraprendere un viaggio, vi lascio quella somma perchè ne usiate a titolo di prestito nel caso ch' effettuiste la compra, e perchè intanto la teghiate in deposito. E poichè questo deposito è fatto per vostro vantaggio, voi siete responsabile della colpa più lieve relativamente alla somma affidatavi (1). » In questo esempio egli è chiaro che il deponente non stipulando interesse di sorta pel caso in cui il prestito preveduto avesse luogo, il deposito, che ha un indole tutta propria, è fatto esclusivamente nello interesse del depositario, e perciò stesso richiede da parte di costui una vigilanza maggiore di quella che si dovrebbe adoperare in un deposito ordinario.

Del resto, non bisogna dare un significato, letterale a questa espressione di Ulpiano citata da Pothier : *hoc depositum periculo est ejus qui suscepit*; dappoichè in tal modo dovrebbero porsi tutti i rischi a carico del depositario : questa è interpretazione di Donello (2). La quale rigorosa interpretazione, già combattuta dal Pothier, sarebbe oggidì in tutti i casi inammessibile di fronte all'art. 1928 (1800), che si riferisce all'art. 1927 (1799), (il che dimostra in qual limite sia ristretta l'eccezione), e soprattutto di fronte all'art. 1929 (1801), secondo cui il depositario non è tenuto *in verun caso* per gli accidenti prodotti da forza maggiore, nè quindi per alcuna delle ipotesi contemplate nell'articolo 1928 (1800).

434. Perchè la responsabilità del depositario sia aggravata, suppone l'articolo che il deposito sia fatto nel solo interesse di lui; ma sarebbe lo stesso, per identità di ragione, se il deponente e il depositario avessero un interesse comune nel deposito, se, per esempio, nella specie cavata da Ulpiano, il deponente avesse stipulato gli interessi. Lo stesso art. 1928 (1800), 2, è applicazione di questa dottrina.

435. Nei tre casi finora esaminati, il legislatore non rimanda espressamente allo art. 1137 (1091) per determinare il grado di responsabilità applicabile per eccezione al depositario. Da ciò bisogna forse conchiudere che in quelle ipotesi dovrà adattarsi un sistema intermedio tra la regola dell'art. 1137 (1091) e la deroga dell'art. 1927 (1799)? Siffatta quistione esaminata dagli antichi scrittori, è priva oggidì d'importanza : il depositario dovrà usare la diligenza di un buon padre di famiglia, la quale sarà valutata dai giudici di merito, che terran conto delle intenzioni e delle circostanze.

436. Il quarto ed ultimo caso preveduto dall'art. 1928 (1800) avviene quando le

(1) *Vedi* Pothier, (n. 32).

(2) *Vedi* Donello (sulla legge 4 *De rebus creditis*).

parti abbiano convenuto che il depositario risponda di ogni specie di colpa, cioè della lieve, non che della lievissima. Ma poichè questo non è uno dei principj ordinarj del deposito, il legislatore non vuole intorno ad esso la menoma oscurità, e richiede una espressa stipulazione.

III. — 437. Siccome il depositario è un semplice possessore della cosa, di cui la proprietà appartiene sempre al deponente, l'art. 1929 (1801) ne inferisce che il depositario non sia tenuto in verun caso per gli accidenti prodotti da forza maggiore: è questa applicazione dell'art. 1302 (1256), ai cui termini il debitore di una cosa certa e determinata è liberato per la perdita fortuita della cosa dovuta. Coll'espressione *in verun caso* l'art. 1929 (1801) vuol fare intendere che il depositario è pur liberato nelle ipotesi dell'art. 1928 (1800), il che avrebbe potuto esser dubbio, perocchè le stipulazioni accessorie aggiunte al contratto in quelle ipotesi, ne modificano in certo modo la natura e il carattere.

Del resto la quistione se il caso fortuito o la forza maggiore sia sufficiente per togliere qualunque responsabilità al depositario, è quistione di fatto di cui la soluzione rientra nei poteri sovrani dei giudici di merito (1)

438. L'art. 1929 (1801), essendo come abbiam detto, applicazione dell'art. 1302 (1256), mette implicitamente a carico del depositario la prova del caso fortuito che estingue la sua obbligazione. Il depositario che abbia fatto tal prova, si presume liberato, salvo che il deponente non dimostri a sua volta che il caso fortuito sia stato preceduto da qualche colpa da parte di colui al quale aveva affidato il deposito.

439. Ma v'ha dippiù: l'art. 1929 (1801) fa pur esso una eccezione al principio che il depositario non sia tenuto per gli accidenti di forza maggiore, e ciò è nel caso in cui il depositario fosse stato messo in mora per restituire: qui vi ha tal colpa che fa pesare sopra quest'ultimo la responsabilità del caso fortuito e della forza maggiore. Nondimeno conviene chiarire la disposizione alquanto laconica del nostro articolo col testo più chiaro dell'art. 1307 (1756). Quando pure il debitore fosse in mora, l'obbligazione si estingue nel caso in cui la cosa sarebbe anche perita nelle mani del creditore se gli fosse stata restituita; dappoichè in tale ipotesi la mora non produce alcun pregiudizio al deponente, e il giudice non troverebbe motivo onde poter fondare la condanna del depositario.

440. Ma sarebbe permesso stipulare, per derogazione all'art. 1929 (1801), che la forza maggiore sia sempre a carico del depositario? Siffatta stipulazione sarebbe valida? Ci pare che quando il deposito sia fatto nel solo interesse del deponente, la clausola sarebbe esorbitante e contraria alla equità; e sebbene sembri permessa nel diritto romano (l. 7, § 15, ff. *De pactis*), potrebbe il più delle volte considerarsi come occultante una liberalità condizionale. Ma sarebbe permesso inferirla in un contratto di deposito fatto nell'interesse reciproco del deponente e del depositario (2).

441. Del resto, egli è chiaro che l'articolo 1929 (1801) sia applicabile soltanto al deposito propriamente detto. Che se si trattasse di deposito irregolare, del quale ci occuperemo più sotto, ossia di quel deposito in cui la cosa è a libera disposizione del depositario, tutti i rischi sarebbero a peso di quest'ultimo (*infra*, n. 445).

1930 (1802). — Non può servirsi della cosa depositata senza l'espresso o presunto permesso del deponente.

1931 (1803). — Non può fare verun tentativo per iscoprire le cose depositate, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa, o in un involto suggellato.

(1). Rig., 5 dicembre 1825 (Dalloz, 26, 2, 83; S. V., 26, 1, 290; *Coll. nov.*, 8, 1, 229).

(2) *Vedi* Troplong (n. 88); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 7, nota 3); Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 59.)

SOMMARIO.

I. 442. Il depositario non può per principio, servirsi della cosa depositata. — 443. Applicazione di questa regola nel caso in cui il deposito consiste in una somma di danaro. — 444. Ma il depositario può servirsi della cosa quando ne ha ricevuto permesso, espresso o tacito, dal deponente. — 445. In tal caso, il contratto non si converte necessariamente in commodato; esso può costituire un deposito irregolare. — 446. Sanzione dell'art. 1930 (1802). — 447. Seguito: il deponente di cui la cosa è stata venduta dal depositario può rivendicarla nelle mani dell'acquirente?

II. 448. Il depositario non deve procurare di conoscere le cose che gli sono state affidate quando il deponente ha voluto tenerle occulte. — 449. Quando il deponente gliele ha fatto conoscere, ei non deve farle conoscere ad altri. — 450. Sanzione. — 451. L'art. 1931 (1803) regola i doveri del depositario verso il deponente; esso non è opponibile ai deponenti tra di loro, nel caso in cui il deposito sia stato fatto da più persone insieme.

I. — 442. A differenza del commodato, che trasferisce l'*uso* d'una cosa, il deposito ne trasferisce soltanto la *custodia*. Quindi è che per principio il depositario non possa usare della cosa depositata; ciò che il legislatore ha espresso nell'art. 1930 (1802), il quale, vietando al depositario di servirsi della cosa depositata, gl' inibisce per ciò stesso, e con più ragione, di disporne in qualsivoglia modo, e però di prestarla, di venderla, di dissiparla o distruggerla.

443. L'obbligazione del depositario è a tal riguardo la stessa, qualunque sia la natura delle cose depositate; ma essa è imperiosa sopratutto nei depositi in danaro. La certezza morale che avrebbe il depositario di poter restituire la moneta nel giorno in cui gli venisse richiesta non lo scuserebbe di averne usato pei suoi affari. Pothier biasima con ragione la tolleranza di uno scrittore il quale, in un libro di teologia morale, opinava che un depositario possa lecitamente e senza cadere in peccato adoperare pei propri affari il danaro ricevuto in deposito, quando egli abbia certezza morale di restituirlo, purchè il danaro non gli sia stato affidato in un sacco suggellato (1). Ed in vero, non vi sarebbe dottrina più pericolosa di questa, della quale gli uomini più o meno facili ad illudersi sui mezzi di cui possono disporre, e più o meno interessati ad ingannarsi su tal punto, potrebbero facilmente abusare. Laonde, il deposito di una somma di danaro affidata alla scoperta dev' essere custodita dal depositario al modo stesso del deposito di un sacco suggellato, nè potrebbe quegli servirsene pei propri bisogni senza mancare alla fede del deposito.

Ma lo stesso Pothier ci dimostra non doversi correre agli estremi, quando biasima il Saci per avere, nel suo *Trattato dell'amicizia*, dedotto da quel principio la conseguenza, che pur nel caso in cui il depositario avesse bisogno di una somma di danaro ch'egli tiene in deposito per salvare la vita ad un suo stretto amico, dovrebbe più presto lasciar perire costui che violare la fede del deposito. Pothier saggiamente considera che questa idea dovrebb'essere modificata; che se, per esempio, il bisogno fosse urgente, e il deponente fosse così lontano dal luogo da riuscire impossibile al depositario d' impetrare a tempo il suo assenso, costui possa servirsi della somma depositata per salvare la vita al suo amico, purchè però abbia il mezzo di restituire il danaro (2). Noi parimente

(1) Pothier (n. 37).

(2) Pothier (n. 34).

diciamo, e in modo più generale, che se il depositario a cui si fosse affidata una somma di danaro senza specificare la quantità delle monete, ne usasse, e poi quasi immediatamente la riponesse, sarebbe sommamente eccessivo e rigoroso il consacrare quel fatto come una violazione di deposito (1).

444. Del resto siffatta obbligazione di custodire la cosa depositata senza usarla o servirsene, cessa naturalmente allorchè il deponente ha permesso al depositario di farne uso. Il permesso può essere espresso o tacito, e dato, sia nel momento della stipulazione del contratto, sia dopo: tutto ciò si rileva dalla lettera del nostro art. 1930 (1802).

Quando il permesso è dato espressamente dal deponente, non vi ha possibile equivoco, dappoichè i diritti rispettivi sono regolati in modo certo dalla convenzione.

Lo stesso però non avviene quando il depositario si serve della cosa in virtù del consenso tacito o presunto del deponente. Con quali condizioni e in quali circostanze potrà essere ammessa la esistenza di quel consenso? Ben si scorge come cotesta sia quistione di fatto e di criterio che non può sottostare a regolamento, sendo impossibile prevedere ed enumerare tutti i casi in cui il consenso potrà o dovrà essere presunto. I giudici dovranno determinarsi a seconda le circostanze: esamineranno le relazioni di amicizia esistenti tra le parti, la natura dell'oggetto depositato, l'interesse che siavi o non per usarne: saranno più proclivi a presumere il consenso se l'uso sia per avventura inerente alla custodia della cosa sicchè contribuisca alla sua conservazione, se, per grazia di esempio, il deposito consista in un pendolo, ovvero, come dice Pothier, in un cane da caccia addestrato ad arrestare la selvaggina (2); destinato più difficili, se il deposito consista in cose fungibili, come sarebbe il danaro, o quelle cose che si consumano più o meno rapidamente coll'uso, come la biancheria.

445. Ma quando il depositario ha ottenuto il permesso di servirsi della cosa depositata, non può dirsi che il deposito oramai più non esista, e che siasi trasformato in un commodato o in un prestito ad uso? Taluni scrittori tengono l'affermativa (3); ma questa dottrina è troppo assoluta. Senza dubbio, se in un atto qualificato deposito, che abbia per oggetto una somma di danaro, si fosse stipulato, senza riguardo alla facoltà nel depositario di usare della somma, un termine cui il deponente dovrebbe rispettare, i tribunali potrebbero ravvisare in quell'atto un riconoscimento di debito mascherato per un fine più o meno lodevole, forse per frodare la legge fiscale, ovvero per occultare una liberalità, e dovrebbero rendere all'atto il suo vero carattere. In questo senso, la Corte di cassazione ha deciso, che la convenzione colla quale una persona, nel ricevere una somma di danaro, si obbliga a restituire *una simile somma* delle medesime specie *nel termine di un anno*, costituisca un contratto di prestito, sebbene qualificato deposito (4).

Ma se il permesso di usare della cosa è secondario e accidentale; se l'uso della somma deve avere assai breve durata; se costa in fatto che il contratto si è stipulato pel maggior vantaggio del deponente, e che la custodia della cosa è stato il fine precipuo e determinante dell'atto, in simil caso l'operazione, se non è un deposito nel significato rigoroso del termine, è per lo meno ciò che dicesi *deposito irregolare* che, a differenza del prestito, obbliga il depositario a restituire non appena il deponente ne faccia richiesta, senza obbligare

(1) *Vedi* Bugnet, sopra Pothier (*loc. cit.*); Troplong (n. 99).
(2) *Vedi* Pothier (n. 37).
(3) *Vedi* Pothier (n. 11) e Duranton (t. XVIII, n. 44).—*Vedi* anche Favard (alla parola *Deposito*, sez. 1ª, § 1, n. 6).
(4) Cass., 26 aprile 1810 (Dalloz, 11, 1, 145; S. V., II, 1, 65; *Coll., nov.*, 3, 1, 177).

quest' ultimo ad osservare il termine convenuto (*sopra*, nn. 388 e 390) (1). La legge romana ricorda questa specie particolare di deposito (l. 31, ff *Locati cond.*) e accenna i caratteri distintivi del vero deposito. La proprietà delle cose, e più spesso del danaro, passa nel depositario dal giorno in cui l'impiega, epperò egli deve sopportarne i rischi, e nel giorno della restituzione è tenuto di restituire egual somma o quantità. L'art. 1930 (1802) ha confermato chiaramente siffatta teorica dei giureconsulti romani.

446. Vediamo adesso qual sia la sanzione dell'art 1930 (1802). Quando della cosa depositata si è usato con frode, se quella venga a perire anche per forza maggiore, perisce pel depositario. Lo stesso avviene nel caso di furto, ai termini dell'art. 1302 (1256), la cui disposizione deve incontrastabilmente applicarsi al caso di abuso del deposito, il quale, quantunque non sia il furto propriamente detto, è pur come questo un fatto delittuoso per cui l'autore si reputa costituito, a dire di Pothier, in perpetua mora di restituire la cosa della quale ha abusato (2).

A questo proposito, si può chiedere se pur nel caso in cui il depositario, dopo avere abusato della cosa depositata, la ritorni allo stato primiero onde custodirla, lo si debba chiamare egualmente responsabile della perdita fortuita avvenuta dipoi. Secondo il rigore dei principî la risposta sarebbe affermativa; e questo è l'avviso di Pothier, al quale non sappiamo facilmente rassegnarci. Imperocchè, sarebbe giusto che il depositario fosse tenuto indefinitamente responsabile, quando ha già purgato la mora col ristabilire la cosa della quale avea dianzi abusato? E qual vero interesse avrebbe poi il deponente perchè si spieghi cotanto rigore, mentre ciò che più gl'interessa si è che il depositario, una volta infedele, riponga l'oggetto al primiero stato? Ora se il depositario conosce che, qualunque sia il suo operato, sarà inevitabilmente condannato a subire la responsabilità della perdita anche fortuita, non avrà voglia per fermo di reintegrare la cosa (3).

447. Oltre alla sanzione civile della quale abbiamo parlato, l'abuso dell'oggetto depositato induce altresì pene correzionali. In diritto romano e nell'antica giurisprudenza francese esso costituiva un furto. Il nostro codice penale lo definisce *abuso di confidenza*, e con questa qualificazione lo punisce coll' art. 408 (a). Non è questo il luogo di occuparci dell'applicazione di questo articolo, al quale però si riferisce una quistione della quale non dobbiamo passarci. Essa è, se dato il caso in cui il depositario siasi indebitamente appropriata la cosa del deponente vendendola a un terzo, possa questi promuovere contro l'acquirente l'azione di rivendica. Noi però supponiamo che l' acquirente sia di buona fede; dappoichè se non fosse, la quistione più non sarebbe, chè l'azione di rivendica sarebbe indubitamente ammessibile. La quistione sta dunque per l'acquirente di buona fede, e nasce dall'art. 2279 (2185). Egli è vero che questo articolo stabilisce in favore del possessore di mobili un principio di acquisto mercè la prescrizione istantanea; ma non è men vero che lo stesso articolo fa una eccezione per le cose rubate. Ora, non è forse proprio lo estendere cotesta disposizione alle cose di cui il deponente è stato rubato per *abuso di confidenza* del depositario. Parecchi scrittori e talune decisioni hanno giudicato affermativamente; tuttavia prevale, e con ragione, la negativa. Imperocchè, la seconda disposizione del-

(1) *Vedi* Aubry e Rau, secondo Zachariae (3° ed., t. III, p. 443, nota 4); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 7, nota 5); Troplong (n. 115); Taulier (t. VI, p. 467).

(2) Pothier (n. 43).

(3) *Vedi* Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 66).

(a) Il vigente Codice penale italiano definisce questo reato col titolo di *appropriazione indebita* nell'art. 631, e lo punisce col carcere non minore di un mese, quando non sia commesso da pubblici ufficiali o in luoghi di pubblico deposito, o dal cassiere od altro impiegato di una banca o casa di commercio privata.

l'art. 2279 (2185) non è al postutto che una deroga al principio stabilito dalla prima, cioè, che in riguardo ai mobili il possesso val titolo; quella è una disposizione eccezionale. Così essendo, essa vuol essere racchiusa, come ogni altra eccezione nei suoi termini precisi; e poichè parla solo di furto deve restringersi a questo tal quale viene definito dalla legge, non già estendersi all' abuso di confidenza, il quale non comprendendo la sottrazione, l' appropriazione fraudolenta, manca del carattere distintivo del furto. Laonde colui che di buona fede ha acquistato la cosa di cui si è abusato in pregiudizio del deponente, è protetto dal principio dell'art. 2279 (2185) contro qualsivoglia azione di rivendica della cosa acquistata promossa da quest'ultimo (1).

II. — 448. Siamo giunti al commento dell'art. 1931 (1803), che compie la serie delle disposizioni relative al primo capo dell' obbligazione del depositario, e che, come l'articolo precedente, è un corollario di quella obbligazione. Difatti il depositario per lo stesso motivo che si obbliga a custodire fedelmente la cosa depositata, contrae pure l' obbligazione di non violare la segretezza del deposito. L'art. 1931 (1803) dichiara dunque che il deponente non deve fare verun tentativo per iscoprire le cose depositate, *quando gli sono state affidate in una cassa chiusa, o in un involto suggellato*. Pothier, dal quale i redattori del Codice hanno tolto il pensiero, diceva con una formola più generica ed estesa, che la fedeltà dovuta dal depositario nella custodia del deposito l'obbliga a non tentare di scoprire le cose che gli sono state affidate in deposito, *quando il deponente ha voluto tenerle occultate*.

449. Ma lo stesso Pothier insegna pure che quando colui che ha dato in deposito oggetti i quali per loro natura voglion esser tenuti nascosti, onde attestare la sua confidenza al depositario, gli faccia conoscere le cose depositate, costui è pur tenuto a rispettare il segreto del deposito, cioè, deve rigorosamente astenersi dal farne alcun altro partecipe (2). Anche oggidì ogni depositario deve osservare siffatta regola, siccome quella che risulta dallo spirito dell'art. 1931 (1802).

450. Il depositario che mancasse ai suoi obblighi, vuoi con aprire la cassa o con lacerare l'involto nel caso specialmente preveduto dal nostro articolo, vuoi con far conoscere ad altri il segreto che il deponente gli avesse confidato, sarebbe soltanto scusabile quando avesse agito nell'interesse del deponente medesimo e per la conservazione della cosa depositata (3). Fuori di questa ipotesi, la violazione del segreto costituirebbe un atto d' infedeltà e un *dolo* che potrebbero partorire gravi conseguenze. Certamente, il depositario non andrebbe incontro alle pene correzionali stabilite negli art. 406 e 408 (629 31) del Cod. p., dappoichè non sarebbe quello il caso di abuso di confidenza preveduto e punito in quelli articoli; ma il depositario infedele non potrebbe neppure invocare l'art. 1924 (1796), pel quale si presta fede al depositario sulla sua dichiarazione, non sarebbe più ammesso al beneficio della cessione dei beni (*infra*, art. 1945 (1817)), e potrebb'essere inoltre condannato ai danni, se la violazione da lui commessa fosse stata pel deponente cagione di pregiudizio.

451. L'art. 1931 (1803) regola i doveri del depositario *rispetto al deponente*. Ci saremmo passati dal fare questa osservazione, se in una specie in cui erasi fatto un deposito da due persone congiuntamente, la disposizione di quello articolo non fosse stata opposta, e con successo, da uno dei deponenti all'altro. Difatti, era stato chiuso, suggellato e depositato nelle mani di un terzo un involto da due persone congiuntamente, con una soscrizione nella quale dicevasi che il depositario restituirebbe lo involto, senza aprirlo, a colui dei deponenti che sopravviverebbe all'altro. Più tardi, in-

(1) *Vedi* sopra, Marcadè (art. 2279 (2185, 000).
(2) *Vedi* Duvergier (n. 449); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 7, nota 6).
(3) *Vedi* Pothier (nn. 38 e 39).

sorgendo difficoltà trai due deponenti, l'uno di loro pretese che l'involto depositato contenesse una convenzione nulla e rivocabile, e per sostenere la proposta domanda di nullità, conchiudeva, a fin di provare l'esistenza fisica della convenzione, che il giudice ordinasse l'apertura dell'involto depositato. Ma, opponendosi il secondo deponente, i giudici aditi pensarono che si trattasse di conoscere se vi fosse stato deposito e quali fossero le condizioni del contratto; dipoi respinsero la dimanda dell'attore, fondando la loro decisione tanto sull'art. 1931 (1803), che impone l'obbligo del segreto, quanto sull'art. 1937 (1809), il quale richiede che il deposito sia restituito alla persona indicata per riceverlo. Cotesta decisione diè luogo ad appello il quale, se fosse stato proseguito (dacchè le parti vennero a transazione), difficilmente avrebbe confermato il primo giudicato. Imperocchè, sarebbe stato impossibile non ravvisarvi falsamente applicati gli art. 1931 e 1937 (1803 e 1809), i quali, come gli altri articoli di questa sezione, regolano i doveri e le obbligazioni del depositario rispetto al deponente, alle persone nel cui nome è fatto il deposito, a colui ch'è stato indicato per riceverlo, ai terzi opponenti o reclamanti, agli amministratori o agli eredi del deponente. Or nella specie il depositario non era in causa; due deponenti lottavano l'un contro l'altro, nè tra costoro erasi formato il contratto di deposito. Rispetto a loro, il deposito era un contratto accessorio di un contratto principale formatosi prima, e di cui l'attore allegava la nullità. Era questo il punto sul quale i giudici doveano pronunziare, e per questo lo attore avea richiesto l'apertura del deposito. Questa dimanda era legittima, nè gli art. 1931 (1803) e 1937 (1809) potevano farvi ostacolo. Questi articoli, contemplando i doveri e le obbligazioni del depositario, non sono opponibili al deponente, e quindi non potrebbero impedire, quando il deposito sia stato fatto da più persone congiuntamente, che l'una di loro abbia il diritto di chiedere, a malgrado degli altri condeponenti, l'apertura del deposito suggellato, ovvero la sua cessazione, allorchè vi sia indotta da giusti motivi.

1932 (1804). — Il depositario deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto.

In conseguenza il deposito del danaro dee restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, tanto nel caso di aumento, che in quello di diminuzione del loro valore.

1933 (1805). — Il depositario non è tenuto a restituir la cosa depositata altrimenti che nello stato in cui si ritrova nel tempo della restituzione. I deterioramenti avvenuti senza sua colpa sono a carico del deponente.

1934 (1806). — Il depositario a cui la cosa depositata sia stata tolta da una forza irresistibile, e che abbia invece di quella ricevuto danaro, o altra cosa, è obbligato a restituire ciò che ha avuto in cambio.

1935 (1807). — L'erede del depositario, il quale ha venduto in buona fede la cosa che ignorava di essere depositata, è obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contra il compratore nel caso che non gli sia stato pagato.

1936 (1808). — Se la cosa depositata abbia prodotto frutti, i quali sieno stati raccolti dal depositario, è questi tenuto a restituirgli. Non dee verun interesse del danaro depositato se non dal giorno in cui fu costituito in mora per la non fatta restituzione.

SOMMARIO.

I. 452. Della restituzione del deposito. — Divisione.

II. 453. Il depositario deve restituire l'identica cosa ricevuta. — 454. Deve re-

stituire la cosa per intero, non già una o più parti successivamente. — 455. Lo stesso deve avvenire pel deposito del danaro, qualunque siano le variazioni che avrà potuto subire il suo valore.—456. Seguito : nota che si deve formare in tal caso, e prova quando per avventura essa manchi.

III. *457. Ma il depositario non deve restituire la cosa altrimenti che nello stato in cui si ritrova, ancorchè fosse deteriorata. — 458.* Quid *se la cosa più non esiste? Il depositario deve restituire tutto ciò che rimane. — 459. Seguito: deve restituire tuttociò che ha ricevuto in cambio. — 460. E se non ha ricevuto, ma dovrà ricevere, il deponente diviene creditore diretto. — 461. Del caso in cui la cosa più non esiste nelle mani del depositario, perch'egli a sua volta l'ha depositato in mano d'un terzo.*

IV. *462. L'erede del depositario che ha cessato di possedere la cosa, è liberato restituendo soltanto ciò che ha ricevuto in cambio e cedendo tutti i suoi diritti al deponente. 463. Eccezione pel caso in cui l'erede possa essere con qualche mezzo ristabilito nel possesso della cosa : in che consista in tale ipotesi l' obbligazione dell'erede. — 464. Del caso in cui l'erede abbia consumato di buona fede la cosa depositata. 465. Il deponente non ha in verun caso l' azione di rivendica contro il terzo di buona fede.*

V. *466. Il deponente sia che possieda la cosa, sia che non la possieda, deve restituire tuttociò ch' essa ha prodotto. — 467. Se il deposito sia stato costituito in danaro, egli deve gl'interessi dal giorno della mora. — 468.* Quid *nel caso in cui il depositario abbia disposto delle cose depositate? — 469. E in quello in cui abbia ricavato illeciti lucri?*

I. — 452. Eccoci al secondo capo dell' obbligazione imposta al depositario col contratto di deposito : si tratta della restituzione della cosa depositata. Tredici articoli della presente sezione sono consacrati a quest'obbietto, i quali stabiliscono le regole relative alle tre quistioni che presenta, di cui, la prima concerne gli oggetti che debbon essere restituiti (art. 1932 a 1936 (1804 a 1808)), la seconda, le persone alle quali la restituzione debb'esser fatta (1937 a 1941 (1809 a 1813)) ; finalmente la terza, il luogo e il tempo della restituzione (1942 a 1944 (1814 a 1816)).—In primo luogo ci occuperemo della prima quistione, alla quale si riferiscono i cinque articoli succitati.

II. — 453. L'art. 1932 (1804) enuncia su tal punto con preciso dettato l'obbligazione del depositario : questi deve restituire la *identica cosa* che ha ricevuto; il che è conseguenza naturale e necessaria della sua primitiva obbligazione. Egli avea ricevuto gli oggetti pel solo fine di custodirli, ma non ne aveva neppure il possesso (*sopra* n. 372); donde sorge che intendimento del deponente fu quello che spirato il termine del deposito il depositario gli restituirebbe gli oggetti in natura (art. 1915 (1787)), non già cose equivalenti e della stessa specie, anche quando pel loro valore o per la loro qualità fossero superiori a quelle affidate in deposito. Del resto, il deponente non dee considerare l'interesse più o meno grande ch' egli ha alla restituzione degli oggetti nella loro individualità; chè fine essenziale ed unico della sua azione è ripigliare la cosa tal quale aveala depositata.

454. Da siffatto carattere attribuito alla obbligazione, bisogna del pari inferirne che la cosa dev'essere restituita per intero, non in più parti successivamente. Se dunque vi sieno parecchi depositari, costoro sono tenuti ciascuno per l' intero (art. 1221, 3° (1174, 3°)) ; dappoichè in tal caso v' ha obbligazione indivisibile, salvo però che il deposito non versi sopra un oggetto per sua natura divisibile, come, ad esempio, sul danaro che venga depositato in un sacco non suggellato.

455. L' obbligo di restituire la cosa *in individuo* è così essenziale al contratto, che vi è sottoposto, giusta l'art. 1932 (1804), lo stesso depositario di danaro : il deposito

dev'essere restituito nelle stesse specie in cui fu fatto, tanto nel caso di aumento, come in quello di diminuzione di valore. È questa una differenza rilevantissima tra il deposito e il prestito ad uso (vedi *sopra*, art. 1895 (1767), nn. 203 e seg.). Il depositario non è affatto tenuto per la diminuzione di valore subìta dalle specie monetate durante il deposito, e all' inverso, non ha diritto alcuno a giovarsi del loro aumento; imperocchè, ciò ch'egli deve non è *la tal quantità*, la tal somma di danaro, *ma un certo numero di monete*, che si trovino chiuse o non in un sacco o in una cassa. Vi sarebbe eccezione a questa regola nel solo caso in cui il depositario, col consenso del deponente, avesse fatto uso del danaro, coll'obbligo di restituirne una eguale quantità, il che costituirebbe il deposito irregolare di cui abbiamo parlato più sopra nel commento dell'art. 1930 (1802) (*sopra*, nn. 444 e seg.).

456. Perchè si renda agevole lo adempimento della obbligazione del depositario nel caso di deposito di danaro, e se ne assicuri la restituzione al deponente, ell'è savia cosa e prudente di stendere una nota comprovante il numero e le specie delle monete, e di osservare sul proposito le formalità prescritte dall'art. 1326 (1280) del Codice Napoleone. In mancanza di questa nota, si osserveranno le regole generali sulla prova (articolo 1923 e 1924 (1795 e 1796)); e se la somma reclamata ecceda i 150 franchi, si presterà fede al depositario sulla qualità delle specie depositate. La sola difficoltà che potrebbe qui insorgere, nel caso in cui le monete avessero mutato di valore durante il deposito, sarebbe quella di determinare fino a qual somma la prova testimoniale sarebbe ammissibile. Noi crediamo che si dovrebbe considerare la qualità della somma reclamata dal deponente, ove il deposito sia negato dal depositario; e all' incontro, se il deposito è confessato e se la controversia unicamente si volge sulla natura delle monete, si avrà considerazione alla somma numerica su cui le parti sono rimaste di accordo; di guisa che, per servirci delle espressioni di Delvincourt, la prova testimoniale sarà ammessa allorquando la differenza ch'esiste tra il valore delle monete confessate dal depositario e quello delle monete che si pretendono dal deponente, non ecceda i 150 franchi, dappoichè la controversia in realtà esiste intorno a quella differenza (1).

III. — 457. Se il depositario per principio è tenuto a restituire la identica cosa ricevuta (art. 1932 (1804)), non deve però restituirla se non se nello stato in cui trovasi nel momento della restituzione, quando pure fosse deteriorata. Questo necessario temperamento, che si potrebbe facilmente argomentare dall'espressioni degli art. 1927 e 1929 (1799 e 1801) già commentati (*sopra* nn. 423 e seg.), è stato espressamente annunziato dal legislatore nell'art. 1933 (1805) in cui fu aggiunto, che i deterioramenti avvenuti senza colpa del depositario sono a carico del deponente. Quindi, se per avventura la cosa depositata abbia sofferto deterioramenti che non derivino nè dal dolo, nè dalla colpa grave del depositario, costui sarà sciolto da ogni obbligazione restituendo la cosa nello stato in cui si ritrova al momento della restituzione, e provando, come abbiam detto in occasione dell'art. 1929 (1801), il fatto che ha prodotto il deterioramento o la perdita parziale (*sopra* nn. 437 e 438).

458. Che se la cosa depositata non esistesse più nelle mani del depositario, o gli fosse stata ritolta per una di quelle circostanze e di quei fatti di cui non è risponsabile, egli sarebbe liberato del pari dalla obbligazione di restituirla. Ma in questo caso di perdita totale della cosa depositata, il deponente avrebbe il diritto a richiedere la restituzione degli accessori. Così, per esempio, dice Pothier, se un cavallo dato

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, note, p. 431). — Dippiù: Duvergier (t. XXI, n. 456).

in deposito sia morto presso il depositario, costui sarà certamente disciolto dalla obbligazione di restituirlo, ma deve restituire la pelle, i ferri e l'equipaggio del cavallo, che insieme con questo gli era stato affidato in deposito (1).

459. Ma può accadere che nel caso in cui la cosa sia stata sottratta al depositario da forza irresistibile, costui abbia ricevuto un prezzo o qualche cosa in cambio; l'art. 1934 (1806), prevedendo questa ipotesi, impone l'obbligo al depositario di restituire il prezzo o l'oggetto che ha ricevuto in cambio e che trovasi surrogato alla cosa depositata. Così, diremo ancora una volta col Pothier, se una persona, nel punto d'intraprendere un viaggio, mi ha lasciato in deposito una grande quantità di frumento, cui in tempo di carestia sono stato costretto dal magistrato a vendere al mercato, io sono obbligato di restituire a colui che aveami affidato il grano in deposito, la somma ricevuta come prezzo della vendita; la qual somma ha surrogato il frumento, e in sua vece è stata da me ricevuta in deposito (2). Questo caso può essere addotto come un esempio, dappoichè per quanto sia per avventura difficile ad accadere, non è tuttavia impossibile prevedere una tal circostanza in cui l'autorità sia costretta a richiedere, per mire di pubblico interesse, che il proprietario si spogli degli oggetti pur mobiliari, come le derrate alimentari, pel mantenimento dell'esercito (3).

460. Che se il depositario non abbia ancora ricevuto, ma debba ricevere una indennità od un prezzo per la cosa depositata che gli sia stata tolta da forza irresistibile, il deponente diviene creditore diretto della indennità o del prezzo. Con questo intendimento, l'art. 1303 (1257), di cui l'art. 1934 (1806) è applicazione particolare, dice che il depositario *è tenuto a cedere* al deponente *le sue azioni d'indennità*. Ma questa formola è poco esatta ed è stata giustamente criticata dagli scrittori (4). Dappoichè, il deponente sendo restato proprietario, qualsivoglia azione è nata nella sua persona, sicchè il depositario non può cedergliene alcuna; epperò si dirà con più ragione che l'indennità o il prezzo sarà dovuto direttamente al deponente, il quale potrà riscuotere il pagamento, ove si scopra al debitore.

461. E se il depositario non abbia più la cosa nelle proprie mani perchè la depositava appo un terzo, non pensiamo, a malgrado del testo della legge romana (leg. 16, ff *Dep. vel contra*), che in massima la cessione delle sue azioni contro il terzo possa liberarlo rispetto al primo deponente. Egli sarebbe obbligato e risponsabile *del* fatto di colui al quale aveva affidato *il* deposito, a meno che non provasse la necessità di porre altri alla custodia della cosa, il che sarebbe per lui un caso di forza irresistibile (5).

IV. — 462. Il principio che la cosa depositata debba essere restituita *identicamente* la stessa, *in individuo*, soffre un'altra eccezione necessaria, ed è quando, morto il depositario, l'erede, ignorando il deposito, abbia disposto in buona fede della cosa depositata ch'egli ha considerato come dipendente dalla successione del suo autore. E poichè in questa ipotesi non vi ha nè dolo nè colpa grave da parte dell'erede, costui non è in modo alcuno responsabile, se non se nella quantità del guadagno venutogli dallo avere disposto dell'oggetto del deposito. L'art. 1935 (1807) è dominato da siffatto pensiero.

Quindi, se l'erede del depositario abbia venduto la cosa e ricevutone il prezzo, egli si libera restituendo questo prezzo, nè il deponente può null'altro reclamare da lui,

(1) *Vedi* Pothier (n. 44).

(2) *Id.* (n. 45).

(3) Comp. leg. 26-29 giugno 1792, legge 12 brumale anno III, decreto 15 dic. 1813, art. 1° del regolamento del 1° sett. 1827 intorno al servizio delle sussistenze militari.

(4) *Vedi* specialmente Marcadè (art. 1303 (1257), n. 867).

(5) *Vedi* Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 74).

quantunque i valori ricevuti in cambio fossero inferiori a quello della cosa da lui affidata al depositario.

Se l' erede, nel vendere la cosa a termine, sia rimasto creditore del prezzo, il deponente facendosi riconoscere dall'acquirente, diviene creditore diretto del prezzo senza che debba ottenere la cessione dell'azione dall'erede, il che risulta dall' art. 1935 (1807) che imprestò dall'art. 1303 (1251) la formola poco esatta di che abbiamo parlato (*sopra*, n. 460).

463. Del resto, noi supponghiamo che l' erede, dietro avere disposto della cosa, non ne possa o debba ripigliare il possesso con uno o con altro mezzo. Se fosse altrimenti, non saremmo più al caso della eccezione, ma ritorneremmo all'applicazione della regola.

Laonde, se in forza di un'azione risolutiva o per tutt'altra cagione, la cosa fosse ritornata nel possesso dell'erede, costui non potrebbe ritenerla, quantunque voglia pagarne il prezzo; dappoichè l'obbligo di restituire rinasce dal momento in cui l'erede può fare la restituzione.

Che anzi, se l'erede potesse facilmente ricomprare la cosa da lui venduta, ignorando il deposito, la ricompra sarebbe a lui necessaria; egli dovrebbe riacquistare la cosa, avendo però il diritto di ripetere dal deponente l'eccedenza del prezzo che dovrebbe pagare al primo compratore nel caso in cui il valore della cosa fosse cresciuto nelle mani di quest'ultimo. Si noti pure che, avvenuta la ricompra, la cosa resterebbe a rischio del deponente, il quale non potrebbe reclamarne il prezzo se quella per avventura perisse per caso fortuito.

464. Se l'erede, in luogo di vendere la cosa, l'avesse consumato di buona fede, dovrebbe restituire il valore che quell'aveva nel tempo di sua distruzione; e se mai l'avesse donata, sarebbe obbligato del pari a pagarne il valore, nel solo caso però in cui la donazione gli sarebbe giovevole, come se si trattasse di rilascio di un debito naturale o altrimenti, se per esempio fosse stata fatta dal donante per costituire una dote ad uno dei suoi figli.

465. È quasi inutile avvertire che oggidì, a differenza dei tempi andati, il deponente non abbia azione di rivendica contro il terzo di buona fede (*sopra*, n. 447).

V. — 466. Sia che il depositario abbia presso di sè la cosa depositata, sia che più non la tenga, l'obbligazione di restituire non riguarda solo la cosa, ma tutto quel che da questa dipende. L'art. 1936 (1808) applica questo principio specialmente ai frutti che la cosa ha potuto produrre appo il depositario. Nondimeno, costui non è tenuto a restituire che i soli frutti percepiti, nè dovrebbe rispondere di quelli che avesse trascurato di percepire, avvegnachè il contratto non gl'imponga il dovere di coltivare la cosa.

Ma la sua obbligazione diviene più stretta dal giorno in cui sia costituito in mora per la restituzione; chè allora egli deve non solo i frutti percepiti, ma ben pure quelli che abbia negletto di far produrre alla cosa.

467. Quando il deposito ha per obbietto una somma di danaro, il depositario, che non può nè deve servirsene, non è per ciò stesso tenuto di render conto al deponente degl'interessi di quella somma. Siffatta regola però vien meno in qualche caso, come in quello di deposito irregolare (*sopra*, art. 1930 (1802)), quando nella convenzione sono stati stipulati gl'interessi, e in quello, mentovato nel nostro articolo 1936, allorchè il depositario sia stato costituito in mora per restituire la cosa. In quest' ultimo caso però gl' interessi sono *moratori*, dappoichè, ai termini di quell'articolo, sono dovuti dal giorno in cui il depositario è costituito in mora per restituire. Una semplice intima basta poi per far correre gl'interessi (1). Non è questa, a dir vero, una derogazione dell'art. 1153 (1107) che richiede una domanda in giudizio, e che si applica unicamente alle obbligazioni di pagare una certa somma, mentre l'obbligazione del depositario è di restituire una

(1) Cass., 19 luglio 1836 (S. V., 36, 1, 590).

cosa determinata. E crediamo del pari che nel caso in cui il depositario abbia ricevuto il permesso di giovarsi della somma, una semplice intima basterebbe a far correre gl'interessi, perocchè l'art. 1936 (1808), sendo concepito in termini generali, è pure applicabile al deposito irregolare (1).

468. A questi due casi eccezionali ne aggiungeremo un terzo, ch'è quello in cui il depositario abbia usato indebitamente della somma depositata. Ma gl'interessi sono dovuti di pieno dritto dal giorno in cui il depositario ha disposto di quella somma? Ei pare che dalla lettera dell'art. 1936 (1808) si possa inferire che, onde far correre gl'interessi, sia sempre necessaria una intimazione (2). Però i nostri scrittori antichi consideravano l'obbligazione di pagamento degl' interessi come nata di pieno dritto nel giorno in cui il depositario aveasi appropriato il danaro, ed allegavano per motivo, che a costui fosse più favorevole essere piuttosto perseguito coll'azione di deposito che con quella di furto cui il deponente potrebbe in egual modo esercitare (3). Oggi che l' azione del deponente non incaglia l'esercizio dell'azione pubblica, quella considerazione più non esiste; e non pertanto è forza accogliere la soluzione degli antichi scrittori. Difatti, ella è massima, che l'appropriazione indebita contiene una mora implicita, per la quale l'autore della appropriazione indebita non è sciolto colla perdita della cosa dalla obbligazione di restituire, sia qualsivoglia il modo onde la cosa sia perita o perduta (art. 1302 (1256)). Non v'ha certamente alcun motivo per cui quella mora implicita non debba far correre da sè sola gl'interessi (4).

469. Ma dobbiamo forse opinare che il depositario possa essere astretto a restituire tutti i profitti che abbia potuto ricavare, sia pure illecitamente, dalla cosa depositata, come ad esempio, i guadagni fatti nel giuoco col danaro del deponente? Dumoulin pensa che il depositario sia sciolto da ogni obbligazione restituendo gl'interessi al prezzo legale, perciocchè è principio, egli dice, che la cosa comprata di mala fede da un terzo col mio danaro, non mi appartiene (leg. 6, *C. De Rei vindic.*; leg. 17, *C. De Pign.*) (5); del resto, si aggiunge, il deponente non soffre alcun danno, perchè egli ha diritto agli interessi legali. Questa opinione, riprodotta sotto il Codice (6), non ci pare dover essere seguita. Difatti, è principio elementare nel dritto, che a nessuno è permesso di arricchirsi con un fatto riprovato dalla legge: *Nemo ex delicto suo consequi debet emolumentum;* e può inoltre asserirsi che la somma guadagnata al giuoco col danaro del deponente, costituisca un prodotto, un frutto civile della cosa depositata. L'art. 1936 (1808) richiede che tutto sia restituito al proprietario. Il sistema contrario è non solo in opposizione colla legge, ma assai poco morale, avvegnachè favorisca la cupidigia ed ecciti il depositario a violare la fede del contratto. Il deponente ha corso rischio di perdere il suo danaro, se mai la fortuna fosse stata avversa al depositario, e di restargli non altro che una azione inutile avverso un debitore insolvibile; e quindi è assai giusto che ottenga ogni guadagno prodotto dal suo danaro (7).

1937 (1809). — Il depositario non dee restituire la cosa depositata se non a colui che gliel'ha affidata, o a colui in nome del quale si è fatto il deposito, o alla persona indicata per riceverlo.

1938 (1810). — Non può pretendere che il deponente provi essere egli il proprietario della cosa depositata.

Ciò non ostante, se scopra che la cosa sia stata rubata, e chi ne sia il vero pa-

(1) Ric., 22 marzo 1832 (S. V., 32, 1, 332).
(2) *Vedi* Duvergier (t. XXI, n. 470).
(3) Dumoulin (*Tract. de Usur.*, n. 626).
(4) *Vedi* Troplong (n. 104).
(5) Dumoulin (*Tract. de Usur.*, n. 626).
(6) *Vedi* Duvergier (t. XXI, n. 471); Troplong (n. 105).
(7) *Vedi* Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 80).

drone, dee denunciare al medesimo il deposito fatto presso di sè, intimandogli di reclamarlo in un determinato e congruo termine. Se quegli cui si è fatta la denunzia, è negligente nel reclamare il deposito, il depositario è validamente liberato, consegnando il deposito a colui dal quale l'ha ricevuto.

1939 (1811). — In caso di morte naturale o civile (1) del deponente, la cosa depositata non può restituirsi se non al suo erede.

Se vi sieno più eredi, dee restituirsi a ciascuno di essi la sua porzione.

Se la cosa non è divisibile, gli eredi debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverla.

1940 (1812). — Se il deponente abbia cangiato di stato; per esempio, se la donna che nel tempo del deposito fatto era libera, siasi in seguito maritata, e si ritrovi sotto la potestà del marito; se il maggiore che ha fatto il deposito, sia stato interdetto: in tutti questi ed altri simili casi il deposito non può restituirsi, se non a colui che ha l'amministrazione delle ragioni e dei beni del deponente.

1941 (1813). — Se il deposito sia stato fatto da un tutore, da un marito, o da un amministratore in una di tali qualità, non può restituirsi se non alla persona rappresentata da questo tutore, marito o amministratore, se la loro gestione o amministrazione sia finita.

SOMMARIO.

I. 470. A chi dev'essere restituito il deposito? Quadro generale e divisione.

II. 471. L'art. 1937 (1809) prevede tre ipotesi: — 472 1° Quella in cui la cosa è stata depositata puramente e semplicemente; — 473. 2° Quella in cui sia stata depositata in nome di un terzo; — 474. 3° Quella in cui sia stata depositata con indicazione di un terzo destinato a riceverla o ripigliarla. — 475. Limite della responsabilità del depositario, se mai accadesse che, in una di quelle tre ipotesi, egli restituisca, per errore, la cosa depositata a chi non avrebbe qualità per riceverla.

III. 476. Del caso in cui il deposito sia stato fatto da un incapace. — 477. Passaggio all' art. 1940 (1812). — 478. E all'art. 1941 (1813).

IV. 479. Morto il deponente, la cosa deve restituirsi al suo erede. — 480. Quid *nel caso in cui il deponente avesse indicato un terzo per ricevere la cosa depositata? - 481. Questa clausola è valida quando dichiara che la restituzione sarà fatta al terzo indicato dopo la morte del deponente. Controversia. — 482. Eccezioni*

V. 483. Obbligo del depositario quando vi sieno più deponenti o parecchi eredi di unico deponente. — 484. Quid *se la cosa è indivisibile? 485. Del caso in cui vi sieno parecchi depositari.*

VI. 486. Il deponente non è tenuto a provare ch'è proprietario (art. 1938 (1810)). — 487. Ma il depositario può indugiare la restituzione se si accorge che la cosa è di provenienza furtiva. — 488, 489. Seguito. — 490. L'eccezione non si estende al caso di perdita.

I. — 470. Dietro aver dimostrato ciò che il depositario deve restituire, trapassiamo al secondo dei tre punti relativi alla obbligazione di restituire, cioè, a chi dev'esser fatta la restituzione onde il depositario sia validamente liberato. Pare che su tal punto non possa offrirsi alcuna difficoltà, nè in realtà se ne offrirebbe, se per avventura il fatto della restituzione dovesse sempre riguardare il deponente e il depositario,

(1) « La morte civile è stata abolita » (legge 31 marzo 1851, art. 1).

vincolati da un contratto di deposito stipulato con termini precisi, senza condizione e tra persone capaci che possono disporre dei loro diritti: il senso intimo avverte che il depositario non deve nè può restituire la cosa che gli è stata affidata in deposito se non a colui che gliel'ha dato in custodia. Ma la convenzione può essere stata modificata da una clausola speciale, e d'altra parte, può accadere che, durante il deposito, sia sopravvenuto un cambiamento nello stato o nelle condizioni di una delle due parti contraenti, ovvero ch'esse siano morte e rappresentate da uno o da più eredi; finalmente può occorrere che il deposito sia stato fatto di cose delle quali il deponente non avea nè la proprietà nè il possesso legittimo. Per tal modo, la quistione intorno alla persona a cui dev'essere restituito il deposito, diviene più complessa, e conduce a tante specialità che a prima giunta sembrano impossibili.

Il legislatore se ne occupa nei cinque articoli qui sopra riuniti dei quali passiamo a dare il commento.

II. — 471. E dapprima, esaminiamo la più semplice ipotesi, cioè quella in cui il fatto della restituzione si agiti tra il deponente e il depositario primitivi. A tal proposito, l'art. 1937 (1809) prevede tre casi distinti che debbon essere gradatamente determinati.

472. 1. Se il contratto non è modificato da alcuna clausola particolare, se, ad esempio, Paolo, sul punto d'intraprendere un viaggio, abbia affidato una cassa piena di oggetti preziosi a Pietro, che consentì a custodirli sino al ritorno del deponente, egli è chiaro che la cassa depositata non possa nè debba essere restituita che a Paolo. Imperocchè, Pietro si è obbligato soltanto rispetto a lui, ed egli violerebbe la fede del deposito se rimettesse in altre mani la cassa.

473. 2. Se il deponente, invece di eseguire in persona il deposito, l'abbia fatto eseguire in suo nome da un terzo, la restituzione è dovuta a colui in nome del quale la cosa è stata depositata. Il terzo che materialmente ha consegnato la cosa è stato un mandatario, un mezzo di trasmissione; e, tranne il caso in cui il mandato gli conferisca egualmente il potere di ripigliare il deposito, questo dovrà essere restituito al solo mandante. Qui supponghiamo coll' art. 1937 (1809) che il deposito sia stato fatto *in nome* del mandante. Che se fosse stato eseguito dal mandatario nel nome proprio, in tal caso, siccome il depositario riconosce il solo mandatario, la restituzione fatta nelle mani di costui sarà valida; e quando pure il mandante perseguitasse il depositario, costui, onde assicurare la propria responsabilità, dovrebbe avvertire il mandatario pria di rilasciare la cosa al mandante.

474. 3. Finalmente, se il deponente, nello eseguire il deposito, abbia indicato una terza persona per riceverlo, l'oggetto depositato dev'essere restituito alla persona determinata. Per tal modo, se un creditore abbia posto in deposito la cosa che teneva in pegno, e commesso al depositario di restituirla al proprietario, il primo è validamente liberato adempiendo al mandato ricevuto dal deponente, cioè restituendo la cosa al proprietario indicato a riceverla. Però, intorno a questo caso, è mestieri fermare talune idee.

E dapprima, lo stesso fatto che abbiamo posto in esame costituisce al postutto una eccezione al principio generale, cioè, che il deposito dev'essere restituito allo stesso deponente; epperò questo fatto non può presumersi, ma è forza che sia chiaramente stabilito nella convenzione. In mancanza di precisa indicazione, si presume che il deponente si sia riservato il diritto di ripigliare il deposito, salva al depositario la prova ch'egli avea ricevuto il mandato di rilasciarlo ad un terzo (1).

Inoltre, posto il caso in cui un terzo

(1) Req., 9 maggio 1831 (S. V., 31, 1, 203; Dalloz, 31, 1, 244).

fosse stato chiaramente indicato per ricevere il deposito, convien distinguere se quegli fu presente o assente alla indicazione, o in altri termini, s'egli ha diritto o non alla cosa depositata. Se l'indicazione fu fatta assente il terzo, essa non gli conferisce alcun diritto in pregiudizio del deponente, il quale conserva sempre la facoltà di rivocare l'ordine e di reclamare l'oggetto depositato senz'aspettare il decorrimento del termine stabilito per la restituzione (art. 1944 (1816), *infra*; vedi art. 1121 (1075)). Ma se il terzo indicato figurò nel contratto, egli è parte contraente, e il depositario può considerarsi come suo mandatario, e quindi non è permesso a costui di restituire al deponente senza il consenso del terzo (1).

Finalmente ricordiamo ciò che abbiam detto in occasione dell'art. 1931 (1803) (*sopra*, n. 451): come quest'ultimo articolo, l'art. 1937 (1809) regola le obbligazioni del depositario rispetto al deponente; di tal che, se si trattasse di un deposito fatto da più persone unitamente, col patto che la cosa depositata sarà restituita a colui che resterà superstite, non si potrebbe invocare l'art. 1937 (1809) contro uno dei deponenti che fosse spinto da un giusto motivo a far cessare il deposito, e a ripigliare la cosa depositata pur vivendo l'altro condeponente.

475. Del resto, se nei vari casi preveduti nell'art. 1937 (1809), accadesse che il depositario, ingannato da un concorso fortuito di circostanze, restituisse il deposito a chi non avrebbe qualità per riceverlo, la sua responsabilità non sarebbe necessariamente impegnata. Dovrebbero indagarsi le cagioni dell'errore; e se la colpa non fosse tale che il depositario non l'avrebbe commesso nella gestione dei propri affari, egli dovrebb'essere sgravato da qualsivoglia responsabilità.

III. — 476. Fin qui abbiam supposto che la persona cui deve farsi la restituzione sia capace e possa disporre dei suoi diritti; è questo il caso più facile ad avvenire. Ma può darsi che il deposito sia stato fatto da un incapace, ed allora vuolsi forse decidere, pigliando a guida il testo dell'art. 1937 (1809), che il depositario debba restituire il deposito a costui? No certamente, dappoichè, quantunque sia vero che il depositario abbia accettato tutte le obbligazioni proprie della sua qualità (*sopra*, n. 418), nondimeno la legge immediatamente soggiunge, ch'egli *potrà essere perseguito* dal rappresentante dell'incapace, il che significa non già che questo rappresentante avrà soltanto facoltà di procedere, ma che se il deponente incapace esercitasse personalmente l'azione, il depositario potrebbe ricusarsi alla restituzione finchè il rappresentante non gliene desse autorizzazione.

477. Indichiamo adesso le due eccezioni contenute negli art. 1940 e 1941 (1812-13).

L'art. 1940 (1812), prevedendo un cambiamento di stato nella persona del deponente, suppone che quest'ultimo sia divenuto incapace durante il deposito; che, per esempio, la donna, libera al momento in cui eseguiva il deposito, dipoi abbia preso marito e si trovi sotto la potestà di costui nel giorno della restituzione; che il maggiore pienamente capace quando fu stipulato il contratto, sia stato colpito appresso d'interdizione. In queste e in altre simili ipotesi, la regola stabilita nell'art. 1937 (1809) deve ricevere eccezione, di guisa che il depositario è tenuto sotto la sua responsabilità personale, di restituire l'oggetto depositato al rappresentante legale del deponente divenuto incapace: è questa la regola eccezionale dell'art. 1940 (1812).

Nondimeno a questo punto bisogna fare talune osservazioni.

E in primo luogo, vuolsi notare che la restituzione del deposito al deponente di-

(1) Parigi, 11 nov. 1812; Req., 26 agosto 1813; Nîmes, 3 dic. 1822 (S. V., 13, 2, 34; Collez. nov., 4, 2, 194; 1, 429; 7, 2, 132; Dalloz, 13, 1, 73).

venuto incapace sarebbe allora cagione di responsabilità nel depositario, quando costui avesse avuto conoscenza del cambiamento sopravvenuto nello stato del deponente; chè se il depositario lo ignorasse, la restituzione da lui fatta al deponente divenuto incapace, lo scioglierebbe da qualsivoglia obbligazione.

In secondo luogo, allorchè l'art. 1940 (1812) parla del deposito fatto dalla donna e dispone che nel caso di matrimonio posteriormente contratto, la restituzione dovrà farsi al marito ormai investito dell' amministrazione delle ragioni e dei beni della deponente, esso contempla il caso più generale, cioè quello in cui la donna siasi maritata sotto la regola della comunione. Che se avesse adottata diversa regola, come quella della separazione, la quale lascia alla moglie l' amministrazione dei propri beni, il depositario non dovrebbe tener conto del mutamento di stato, e resterebbe libero restituendo il deposito alla moglie, la quale ha qualità e diritto per ripigliarlo, al modo stesso che ha qualità e diritto per costituirlo. Questa è applicazione dei principî stabiliti più sopra in occasione della capacità richiesta per la formazione del contratto (*sopra*, n. 416).

Finalmente, se nel contratto di deposito stipulato da una persona capace fosse indicata una terza persona per ricevere l'oggetto depositato, il mutamento di stato del deponente allora potrebbe fare ostacolo alla esecuzione di quella clausola, che al postutto costituisce un mandato, quando la causa della incapacità sopravvenuta in persona del deponente fosse pur causa di estinzione del mandato, come, ad esempio, la interdizione, il fallimento o la decozione (art. 2003 (1875)). Se al contrario il mutamento di stato procede da una causa che lascia sussistere il mandato, per esempio il matrimonio della deponente, la clausola conserva il suo effetto, finchè il marito non l'avrà revocata facendo notificare al depositario la sua volontà.

478. L'art. 1941 (1813) suppone il caso inverso, cioè che il deposito sia stato fatto da persona che al giorno della restituzione non abbia più la medesima qualità di prima, come sarebbe un tutore o un marito finita l'amministrazione; in tal caso la restituzione dev'esser fatta alla persona divenuta capace.

IV. — 479. Dopo aver esaminato l'ipotesi molto semplice della restituzione nei rapporti del deponente col depositario, crediamo opportuno osservare coll' art. 1939 (1811) qual sia l'effetto della morte di una delle parti relativamente alla obbligazione di restituire.

Nel caso in cui il depositario sia morto lasciando un solo erede, quest'ultimo succede a tutti gli obblighi del suo autore, così in riguardo alla responsabilità, come in ordine alla restituzione, salvo il temperamento ammesso in suo favore dall' art. 1935 (1807) (*sopra*, n. 462).

Nè maggiore difficoltà presenta il caso in cui il deponente sia morto lasciando pure un solo erede, quando il contratto non sia stato modificato da alcuna clausola particolare: l'erede promuoverà l'azione come avrebbe potuto farlo il suo autore.

480. Ma supponendo che il deponente abbia indicato una terza persona per ricevere il deposito, il problema si offre assai più complicato: colla morte del deponente verrà meno nel depositario la facoltà di restituire il deposito alla persona indicata? La quistione non è dubbia nel caso in cui il deponente abbia ordinato al depositario di restituire il deposito ad una terza persona, non dichiarando se tale restituzione potesse farsi dopo la sua morte; in questa ipotesi esiste un mandato che si estingue colla morte del deponente (articolo 2003 (1875)); il terzo non ha ormai qualità per ricevere, e il depositario sarebbe responsabile della restituzione che egli farebbe della cosa depositata; è questo l' intendimento dell'art. 1939 (1811) allorchè dice che in caso di morte del deponente, la cosa dev' essere restituita al suo erede; è pur questa la interpretazione comunemente ricevuta (1).

(1) Troplong (n. 146); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 9, nota 17); Rej., 22 nov. 1819

481. All'incontro, se il contratto di deposito contiene la clausola espressa che la restituzione dell'oggetto depositato sarà fatta nelle mani di un terzo indicato, dopo la morte del deponente, si dirà forse, come nel caso precedente, che dopo la morte del deponente il depositario non possa eseguire il mandato? Il maggior numero degli scrittori decide per l'affermativa fondandosi sulla lettera limitativa e quasi imperativa dell'art. 1939 (1811). Il mandato, essi dicono, è stato revocato per la morte del deponente (art. 2003 (1875)), nè conviene permettere che la clausola produca i suoi effetti, molto più che assai spesso essa contiene una donazione larvata, un fidecommesso proibito dalla legge; le quali liberalità, perchè non fatte nelle forme richieste, debbono rimanere inattuate quando non siano state eseguite in vita del deponente. Parecchie decisioni hanno seguito siffatta dottrina (1).

Ma noi non l'ammettiamo in termini assoluti. Dappoichè, s'egli è vero che il deposito in tal guisa modificato contenga un mandato, è vero altresì che questo ha un'indole speciale, perciocchè, giusta la volontà espressa del deponente, dev'essere eseguito dopo la sua morte. Or chi ha mai dubitato che il mandato *post mortem mandantis*, per quanto gravi appariscano le controversie del diritto romano sulla sua validità, non sia pienamente valido nel nostro diritto attuale? L'art. 2003 (1875) dichiara, egli è vero, che la morte del mandante è causa di estinzione del mandato; ma quell' articolo prevede e regola la comune dei casi, ma non esclude l' eccezione stabilita nel contratto con una clausola speciale. Così, sotto questo profilo, si dirà con ragione che, quando il mandato venga modificato da una clausola che lo fa sopravvivere alla morte del mandante, l' art. 2003 (1875) non si oppone a che il mandato si esegua anche dopo la morte del mandante.

Ma l'art. 1839 (1811) vi si opporrebbe forse alla sua volta nel caso speciale in cui il deponente abbia dichiarato che dopo la sua morte la cosa depositata sarebbe restituita ad una terza persona da lui indicata? No certamente. Egli è vero che il tribuno Favard, cui i partigiani della opinione contraria credono potere invocare in lor favore, parlava nei seguenti termini avanti al Corpo legislativo: « Ci sembra in primo luogo che la cosa depositata dovrebbe essere restituita alla persona destinata a riceverla, siccome quella che si reputa avervi un diritto quesito; ma, se ben si rifletta, egli è chiaro che il deponente ha conservato sino alla sua morte la proprietà del deposito, che può averlo ripigliato a suo grado, e che siccome la destinazione divisata non ebbe esecuzione, l'erede del deponente gli succeda nella pienezza dei suoi diritti; di tal che il depositario non può, senza avvertirne l' erede, disporre del deposito in favore della persona indicata, chè altrimenti operando, il deposito sarebbe un fidecommesso il quale potrebbe talvolta contenere disposizioni proibite (2). » Ma chi non vede che queste osservazioni si riferiscono esclusivamente, al pari dell'art. 1939 (1811), al caso in cui il deponente abbia soltanto indicato una terza persona per ricevere il deposito, senza venirne ad alcuna speciale indicazione, e senza manifestare la volontà che la cosa sia restituita, pur dopo la sua morte, al terzo da lui indicato? Laonde l'opinione contraria cerca male a proposito in siffatte autorità un puntello pel caso in cui nel deposito costituito colla indicazione di un terzo al quale dovrebbe farsi la restituzione, siasi apposta la clau-

(Dalloz, 19, 1, 644; (S.V., Coll. nov., 6, 1, 135); Douai, 31 dic. 1834 (S.V., 35, 2, 215; Dalloz, 35, 2, 83); Parigi, 14 marzo 1853 (S.V., 53, 2, 307).

(1) Duvergier (t. XXI, n. 483); Troplong (nn. 146 e seg.); Aubry e Rau (t. III, p. 449, nota 9); Marcadè (t. III, n. 630). — Parigi, 1 marzo 1826; Caen, 12 marzo 1827; Montpellier, 6 marzo 1828; Rej., 6 agosto 1842; Cass. 29 aprile 1846; Montpellier, 25 febb. 1862 (S. V., 26, 2, 297; 28, 2, 37; 29, 2, 18; 42, 1, 830; 46, 1, 689; 62, 2, 209; Dalloz, 28, 2, 69; 29, 2, 60; 42, 1, 341; 46, 1, 245; J. P., 1846, t. II, p. 233; 1862, p. 881).

(2) Fenet (t. XIV, p. 515); Locrè (t. XV, p. 136).

sola espressa che la restituzione dovrà farsi a quel terzo dopo la morte del deponente.

Invano si oppone che sotto quel preteso deposito si asconda un fidecommesso, una donazione. Potremmo in primo luogo rispondere che possa in fatto avvenire che un deposito a quel modo costituito non contenga veruna liberalità; sarebbe questo per esempio, il caso in cui un usufruttuario avesse affidato ad un terzo la custodia della cosa gravata del suo usufrutto, commettendogli di restituirla, dopo la sua morte, al proprietario. È questo un argomento contrario ad un sistema che, procedendo in modo assoluto e senza ammettere distinzioni di sorta, costringerebbe i suoi partigiani a pronunziarsi per la nullità anche nella ipotesi in cui non esiste pur l'ombra di una liberalità, e li condurrebbe a decidere, che il depositario debba, pure in quel caso, restituire all'erede dell'usufruttuario, cioè ad una persona che, dopo estinto l'usufrutto, non ha verun diritto sull'oggetto depositato, e che potrebbe alienarlo o appropriarselo a detrimento dei diritti del proprietario indicato per riceverlo! Ma andiamo più innanzi, e quando pure il depositario sapesse che il mandato commessogli contenga in realtà una donazione, diciamo che la restituzione da lui fatta al terzo indicato, dopo la morte del deponente, lo libererebbe del tutto. Questa soluzione era ammessa senza difficoltà in diritto romano (l. 26, pr. ff *Depos.*); era costantemente ricevuta nell'antica giurisprudenza, tuttochè talune ordinanze subordinassero la validità delle donazioni alla osservanza di numerose formalità (1); ed è stata del pari riconosciuta con parecchie decisioni posteriori alla redazione del Codice (2). La quale soluzione trova eco nella dottrina la quale, trionfando di ogni resistenza, ha diffinitivamente dichiarato valide le donazioni larvate. Senza dubbio, il deponente avrebbe potuto fare una donazione sotto forma di una vendita o di qualsivoglia altro atto a titolo oneroso, senza che la dottrina o la giurisprudenza potessero biasimarlo. Perchè dunque non potrebbe egli farla dichiarando che la cosa depositata sarà restituita, dopo la sua morte, alla persona cui egli vuole gratificare? Quale ostacolo giuridico si oppone al rilascio di un oggetto mobiliare in mano di un terzo per organo di un amico incaricato a restituirlo? Non ne scorgiamo alcuno teoricamente parlando, ed è per questo che adottiamo il principio, che la restituzione fatta al terzo indicato libera il depositario.

482. Ma la nostra teorica non è assoluta, perocchè ella ammette due eccezioni comandate dagli stessi principî e *consacrate* dalla giurisprudenza. E in primo *luogo diciamo* che la liberalità fatta a quel modo sarà valida nel solo caso in cui non conterrà una donazione a causa di morte: il nostro diritto non ammette più liberalità di simil fatta; ammettere una disposizione a causa di morte sotto la forma di un deposito, sarebbe violare indirettamente l'art. 893 (813). Perchè dunque il depositario si liberi validamente consegnando la cosa al terzo indicato, bisogna che il deponente abbia voluto cedere attualmente e irrevocabilmente la cosa, perchè solo allora la donazione non potrebb'essere impugnata (3).

È necessario inoltre che la liberalità in tal guisa larvata non sia di tal natura da stremare la quota di riserva, ovvero che non sia fatta da un incapace; e pure in tal caso nascerebbe quistione se mai la donazione debba stimarsi nulla in tutto, o in parte. Allorchè la donazione larvata eccede soltanto la quota disponibile, la giu-

(1) Decisioni del 1708, 1743 o 1758 (Nuovo Denizart, alla parola *Donaz. tra vivi*, § 12, art. 11). — *Contra*, decisione del parlamento di Parigi del 1786 (Nuovo Denizart, *loc. cit.*).

(2) Rej., 12 dic. 1815; Limoges, 9 luglio 1821; Req. 2 aprile 1823; Lione, 25 febb. 1835; Amiens, 16 nov. 1852 (S. V., 16, 1, 322; Collez. nov., 6, 2, 546; 23, 1, 238; 35, 2, 424; 54, 2, 60; Dalloz, 16, 1, 132; 23, 1, 182; 35, 2, 150; 54, 2, 255; J. P., 1832, t. II, p. 655). — *Vedi* pure Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 9, nota 17).

(3) Bordeaux, 8 agosto 1853 (S. V., 53, 2, 641; Dalloz, 54, 2, 81; J. P., 1854, t. II, p. 120).

risprudenza decide, e con ragione, che debba ridursi (1); ma quando sia stata fatta a persona a cui la legge vietava di ricevere oltre ad una quota determinata, la donazione è nulla per l'intero (2).

V. — 483. L'articolo 1939 (1811), del quale abbiamo già spiegato il primo alinea, suppone nella sua ultima disposizione che il deponente sia morto lasciando più eredi. Qual'è il diritto di ciascun di costoro relativamente alla restituzione del deposito? Se la cosa depositata è materialmente divisibile, come il grano o il danaro, sarà restituita a ciascuno in proporzione della quota ereditaria.

484. Ma se quella sia per avventura indivisibile e gli eredi non potranno venire ad un accordo, il depositario o continuerà a custodire la cosa, ovvero si farà autorizzare dalla giustizia a rilasciarla ad un terzo, finchè gli eredi non siano venuti ad un accordo, o l'oggetto depositato non sia toccato ad uno di loro nella divisione della eredità.

Per cosa indivisibile vuolsi qui intendere un oggetto che non sia suscettivo di parti reali, tuttocchè suscettivo di parti intellettuali, dappoichè la legge considera non la indivisibilità legale dell'art. 1217 (1170), ma la semplice indivisibilità naturale. Epperò, secondo questo intendimento, vuolsi considerare come indivisibile una somma di danaro rinchiusa in una cassa o in un sacco; perciocchè la cosa depositata non è la somma, ma sibbene la cassa od il sacco. Il depositario quindi non potrebbe, senza violare il deposito, aprire il sacco o la cassetta per consegnare a ciascuno degli eredi la sua parte di danaro. Nondimeno, il giudice, considerando le circostanze, potrebbe ordinare l'apertura del sacco o della cassa, e far consegnare ad uno degli eredi la sua parte della somma depositata; e se per avventura, dopo questa consegna, il rimanente del deposito perisca per caso fortuito nelle mani del depositario, l'erede che ha ricevuto la sua parte non sarebbe obbligato di rimetterla in comune (l. 12, C. *Depos.*). Questa parte, sendo divenuta proprietà di colui che l'ha ricevuto, non potrebb'essergli tolta senza ingiustizia, dappoichè i rischi non posson essere comuni dal momento e per la stessa ragione che la cosa non è più comune. Invano si opporrebbe il disposto dall'art. 1849 (1821): in materia di società, siccome tutto dev'esser comune, il guadagno e la perdita si ripartiscono proporzionalmente; ed al contrario, nel caso di semplice indivisione, la vigilanza di uno dei comproprietari non deve poter essere invocata dagli altri a suo detrimento. — Lo stesso però non sarebbe se, invece di cose fungibili, si trattasse di oggetti determinati; conciossiachè la consegna di un oggetto ad uno degli eredi non torrebbe agli altri il loro diritto di proprietà su di quello, cui potrebbero sempre reclamare a malgrado la perdita fortuita degli oggetti determinati rimasti presso il depositario; una divisione legalmente eseguita potrebbe in tal caso metter fine alla indivisione tra loro.

485. Detto ciò intorno al caso in cui nel contratto di deposito, vi sieno più creditori, passiamo all'altro in cui vi sieno più debitori. Si vuol conoscere fino a qual punto ciascuno di loro sia responsabile. A tal uopo, bisogna applicare le regole riguardanti la obbligazione di ogni debitore di un corpo determinativo (art. 1221 (1177)). Quando un depositario unico sia morto lasciando più eredi, se uno di costoro possiede solo la cosa depositata, può essere perseguito per l'intero come possessore; e se mai gli eredi la possiedano in comune, o se più non esista e sia sostituita da una somma di danaro, come, ad esempio, nel caso dell'art. 1934

(1) Cass., 13 dic. 1859 (S.V., 60, 1, 624; J. P., 1860, p. 220; Dalloz, 59, 1, 503).

(2) Cass., 2 maggio 1855 (Dalloz, 55, 1, 193; J. P., 1855, t. II, p. 525; S. V., 56, 1, 178); Orléans, 23 febb. 1861 (S.V., 61, 2, 410; Dalloz, 61, 2, 84; J. P., 1861, p. 973); Req., 11 marzo 1862 (S. V., 62, 1, 401, Dalloz, 62, 1, 534). — *Contra*, Tolosa, 26 febb. 1861 (S. V., 61, 2, 327; J. P., 1861, p. 818; Dalloz, 61, 2, 58).

(1806) o dell'art. 1935 (1807), essi debbono venir perseguiti ciascuno separatamente per la sua parte ereditaria. Se la cosa sia perita pel dolo di uno di loro, costui è solo responsabile per l'intero, e gli altri sono liberati per un caso fortuito.

Queste considerazioni sarebbero pure applicabili al caso di parecchi depositarî primitivi, a meno che tra di loro non fossero divenuti debitori solidali o fideiussori l'uno dell'altro (1).

VI. — 486. Restaci ad esaminare un ultimo punto. Qual' è l'obbligazione del deponente ch'esercita l'azione di restituzione, relativamente alla pruova ch'ei deve fare? In primo luogo gli conviene stabilire la sua qualità di deponente, e s'egli è erede del deponente originario, provare la sua qualità di erede; altrimenti, il depositario potrebbe anzi dovrebbe ricusarsi a fare la restituzione (2).

Ma il deponente dee provare ch' ei sia proprietario dell'oggetto depositato? L'art. 1938 (1810), conforme alla legge romana (l. 31, § 1 ff *Depos.*) e alla dottrina di Pothier (3), decide che il depositario chiamato alla restituzione non possa richiedere dal deponente la prova della sua qualità. Ed invero, a che gli serve siffatta prova? Egli ha ricevuto la cosa dal deponente, e a costui è tenuto di restituirla. Se il deponente non è proprietario della cosa, può esserne però possessore con giusto titolo, come ad esempio creditore con pegno, nel qual caso avrebbe il diritto di effettuirne il deposito. Forse, essendone il vero proprietario, avrebbe giusti motivi di non mostrare siffatto carattere; nè al depositario può esser lecito d'indagarlo.

487. Nondimeno, v' ha un caso in cui questo principio sarebbe contrario alla equità e alla morale; esso è quello preveduto nel secondo alinea dell'art. 1938 (1810), il quale dispone pel caso in cui il depositario scoprirebbe che la cosa fosse stata rubata, e qual ne sia il vero proprietario. Il depositario deve allora denunziare a quest'ultimo il deposito fattogli, con intima di reclamarlo in un termine determinato e sufficiente. Siffatta eccezione è comandata da alte considerazioni di giustizia e di morale; imperocchè il depositario ha interesse di non vedersi accusato di complicità in un reato al quale è rimasto estraneo del tutto, e però egli è tenuto a prendere quei provvedimenti a fin di prevenire le investigazioni della giustizia. Ed oltre a ciò, il più comune buon senso non suggerisce che la cosa dev' essere restituita al solo proprietario, quando il terzo che la reclama non avesse altro titolo che il suo reato?

Il depositario che in tal modo ha scoperto il vero proprietario dell' oggetto rubato e ha fatto conoscere a costui la sua qualità, è tenuto sotto la sua *responsabilità*, di attendere nel termine ch'*egli stesso* si è imposto e cui la legge gli ha lasciato a disegno la facoltà di determinare, salvo il diritto nei giudici di riconoscere se sia sufficiente da permettere al proprietario il richiamo. Ma se, spirato il termine, il proprietario non si presenti, il depositario può consegnare l'oggetto a colui dal quale avealo ricevuto, dappoichè si presume che la notizia del furto fosse infondata.

488. Il depositario può aver conoscenza del furto della cosa per vie diverse: una confessione, una procedura, una condanna ignorata dal vero proprietario. Ma egli non deve, per semplici sospetti o per vaghi rumori, opporre alla dimanda di restituzione un rifiuto che spesso potrebbe produrre gravi danni al deponente, compromettendo il suo onore. Al postutto, per servirci del pensiero del giureconsulto romano, bisogna tener conto dell'interesse delle due parti, e pigliare un maturo partito che sia fondato almeno sopra legittime e gravi presunzioni.

489. L' art. 1938 (1810) suppone che

(1) Pothier (nn. 64 e 65).
(2) Rej., 11 luglio 1860 (S.V., 60, 1, 971; J.P., 1861, p. 501; Dalloz, 60, 1, 305).
(3) Pothier (n. 51).

il depositario faccia la denunzia del deposito al vero proprietario. Ma può del pari avvenire che il vero proprietario, avendo il primo conoscenza del furto, ne avverta il depositario.

Del resto, in ambo i casi quest'ultimo, onde non impegnare la sua responsabilità, deve richiedere che il proprietario faccia giudicare in contraddizione col deponente la validità del suo richiamo, o che costui consenta alla restituzione.

490. L'art. 1938 (1810) prevedendo il solo caso del furto e derogando al principio generale stabilito nell'articolo 1937 (1809), non può venire esteso al caso di perdita. Dappoichè, il nostro articolo non fa tra le cose perdute e le rubate il confronto istituito nell'art. 2279 (2185); epperò non è dato al magistrato supplirvi, molto più che le considerazioni di ordine pubblico sulle quali è fondata la seconda parte dell'art. 1938 (1810) sarebbero male a proposito invocate nel deposito delle cose perdute (1).

1942 (1814).—Se nel contratto di deposito si sia indicato il luogo in cui dee farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi la cosa depositata. Se vi occorrono spese per lo trasporto, sono queste a carico del deponente.

1943 (1815).—Se il contratto non indica il luogo della restituzione, questa dee farsi nello stesso luogo del deposito.

1944 (1816). — Il deposito dee restituirsi al deponente appena che lo avrà domandato, ancorchè si fosse fissato nel contratto un termine per la restituzione; purchè non esista presso il depositario un decreto di sequestro, o un atto di opposizione, acciocchè la cosa deposita non venga restituita o traslocata.

SOMMARIO.

I. 491. Il deposito deve restituirsi nel luogo stabilito dalle parti a spese del deponente.—492. Ovvero nel luogo del deposito: significato di queste ultime espressioni.

II. 493. Deve restituirsi al deponente appena lo avrà dimandato. — 494. Ancorchè siasi stabilito un termine per la restituzione.— 495. Però avviene altrimenti nell'un caso e nell'altro, quando esista presso il depositario un decreto di sequestro o un atto di opposizione. — 496. Differenza tra il sequestro e l'opposizione.

I. — 491. Il terzo ed ultimo punto relativo alla restituzione del deposito è obbietto degli articoli 1942 a 1944 (1814 a 1816), i quali si occupano del luogo e del tempo della restituzione. E dapprima, in ordine al luogo in cui dee farsi la restituzione della cosa, possono avvenire due ipotesi: o nel contratto si è stabilito quel luogo, ovvero si è taciuto.

Quando nella convenzione si è fissato il luogo in cui dee farsi la restituzione bisogna conformarsi all'intenzione delle parti, e se per avventura l'oggetto non si ritrovi in quel luogo, sicchè occorrano alcune spese per trasportarvelo, l'art. 1942 (1814) dispone ch'esse sieno a carico del deponente:

(1) *Vedi* Troplong (n. 144); Aubry e Rau (t. III, p. 450, nota 11); Massè e Vergè (t. V, p. 10, nota 18).—*Contra*, Delvincourt (t. III, p. 433, nota); Duranton (t. XVIII, n. 58).

« Questa decisione, dice Pothier (n. 56), è conforme al principio di equità : *Officium suum nemini debet esse damnosum*. L'equità non permette che il depositario, il quale si è incaricato del deposito a solo fine di giovare al deponente, vada incontro a qualsivoglia spesa. » — Del resto, poco importa che questo luogo sia quello in cui fu stipulato il contratto ; dappoichè se il depositario ha trasportato altrove la cosa per giusti motivi, come ad esempio pel cangiamento di domicilio, le spese devono pur in questo caso restare a peso del deponente.

492. Quando nel contratto non si è stabilito il luogo della restituzione, questa dee farsi nel luogo stesso del deposito (articolo 1943 (1815)). Queste espressioni presentano un significato equivoco, a cagione del doppio significato della parola *deposito*, colla quale ora s'intende il contratto, ora la cosa depositata. Nondimeno bisogna credere che il legislatore abbia inteso a parlare del luogo in cui nel giorno della restituzione si ritrovi la cosa depositata. Questa è la dottrina ammessa dalla legislazione romana (l. 12, 1° ff *Depos.*) e da Pothier (1), cui il nostro legislatore non ha certamente voluto modificare, perchè conforme del resto alla sana ragione e alla equità. Il depositario, obbligato a restituire, non può esser tenuto ad eseguire la restituzione se non colà dov'egli ha trasportato per giusti motivi la cosa; e se potesse venir costretto a riportarla nel luogo del contratto, le spese del trasporto graverebbero su di lui, il che sarebbe contrario al principio che il depositario, rendendo un servigio gratuito, non deve soffrir detrimento di sorta. Invano si allegherebbe la disposizione dell'art. 1247 (1200), il quale prescrive che, quando si tratti di cosa certa e determinata, il pagamento, nel caso che non vi sia destinazione di luogo, dee farsi nel luogo in cui al tempo del contratto si trova la cosa depositata; dappoichè la restituzione di un deposito che pel depositario non deve esser mai onerosa, non può eguagliarsi ad un pagamento ordinario, alla esecuzione di un contratto in cui il più delle volte le due parti sono egualmente interessate (2).

Però vuolsi ammettere, come temperamento, che se il deponente avesse giuste ragioni per chiedere la restituzione del deposito nel luogo del contratto, potrebbe chiederla; ma pure in tal caso il deponente, da una parte, dovrebbe rimborsare al depositario le spese del trasporto, mentre dall'altra, la responsabilità di quest'ultimo non sarebbe aggravata, perocchè i rischi sarebbero sempre a carico del deponente.

II. — 493. L'art. 1944 (1816) dispone che il deposito dev'essere restituito al deponente appena il reclami, e ciò perchè il depositario non può avere interesse a rifiutare o indugiare la restituzione, siccome quegli ch'è semplice custode della cosa, da cui non può ricavare alcun utile. E quando pure egli avesse ricevuto facoltà di giovarsene, (e questo sarebbe il caso del deposito irregolare) non potrebbe indugiare alla restituzione, come abbiamo osservato sopra al n. 443 ; in ciò consiste appunto la differenza tra il deposito e il prestito. Però non vuolsi esagerare l'intelligenza del nostro articolo; dappoichè se il depositario abbia acquistato il diritto di servirsi della cosa, s'ei l'abbia trasportato in altro luogo senza intenzione di frode, se circostanze indipendenti dalla sua volontà, come ad esempio l'apposizione dei suggelli, si oppongano alla restituzione immediata, il deponente dee soffrire ed attendere, senza diritto a compenso, che il depositario possa procurarsi la cosa. È questa una quistione di equità e di buona fede lasciata al criterio del magistrato (3).

494. Il nostro articolo impone l'obbligo al depositario e restituire immediatamente, quando pure nel contratto si fosse stabilito

(1) Pothier (n. 57).

(2) *Vedi* Duvergier (t. XXI, n. 848); Duranton (t. XVIII, n. 67); Troplong (n. 168); Massè e Vergè sopra Zachariae (t. V, p. 10, nota 20). — *Contra* Delvincourt (t. III, p. 432, nota 4).

(3) Pothier (n. 59).

un termine per la restituzione. E per fermo nel deposito, a differenza degli altri contratti, il termine si presume sempre stipulato in favore del creditore : il depositario non può avere giusti motivi per differire il momento in cui la sua obbligazione dee risolversi. Ma se dalla convenzione apparisse che il termine fu accordato perchè si previde che il depositario non avrebbe potuto restituire la cosa prima di un tempo determinato, il deponente non potrebbe richiedere la restituzione avanti lo scorrimento del termine.

In massima però, la stipulazione del termine è solo utile al deponente; di tal che, se nel contratto non siavi un termine espressamente o implicitamente convenuto, il deponente può esser costretto a ripigliare il deposito sol che il depositario ne lo richieda, tuttochè costui non abbia verun interesse a restituirlo; imperocchè si reputa ch'egli, nel prestare un servigio gratuito, abbia inteso conservare la cosa finchè gli conveniva custodirla ; e se la restituzione prematura e inattesa è cagione di danno al disponente, la colpa è sua. Altrimenti avviene però quando è stato convenuto un termine, dappoichè in tal caso il deponente trova nella convenzione il diritto di resistere al depositario che volesse restituirgli la cosa pria del tempo determinato, se pur il depositario non avesse giusti motivi per restituire il deposito; chè in tal circostanza la stipulazione di un termine non potrebbe vietargli di chiedere alla giustizia sia l'autorizzazione di restituire la cosa al deponente, sia l'indicazione di una persona alla quale potrebbe rimetterla.

495. Si aggiunga che in verun caso, sia che fosse stato convenuto un termine, sia che no, il depositario deve spogliarsi della cosa quando esista presso di lui un decreto di sequestro ovvero un atto di opposizione, perchè la cosa depositata non venga restituita o traslocata (articolo 1944 (1816)), dappoichè allora v'ha un ostacolo giuridico che non può vincersi dal depositario senza che si renda responsabile verso la persona che pretende esercitare un diritto sulla cosa depositata. Il deponente non può in tal caso ripigliare l'oggetto se non a condizione che procuri la revoca del sequestro o della opposizione. Nè il depositario può esaminare se il sequestro sia o no fondato ; dal momento ch'esso esiste e che gli vien notificato nelle forme legali, egli è tenuto a custodire la cosa depositata. Del resto un sequestro generale di tutto ciò che appartiene al debitore basta, secondo l'intendimento della legge, a vietare che il depositario proceda alla restituzione, non essendo necessario che il sequestro specialmente sia posto sulla cosa affidata in deposito. Nondimeno la Corte di cassazione ha deciso, che se al tempo dell'avvenuto sequestro il depositario si trovi debitore per altro titolo verso il deponente di valori eccedenti le ragioni del sequestro, ei non possa ricusarsi alla restituzione del deposito chiedendo al deponente che gli procuri prima la revoca del sequestro (1). Ma ciò si rannoda alla grave e difficile quistione che sfugge alle nostre presenti considerazioni : se il terzo sequestratario possa dare in pagamento il dippiù del valore che fu causa del sequestro (2).

496. Quando l'ostacolo alla restituzione procede da un creditore del deponente, l'atto di sequestro formato da quel creditore deve soddisfare a tutte le condizioni richieste dagli art. 557 (647) e seguenti del codice di procedura : epperò il creditore deve, nel termine stabilito nell'articolo 564 (654), notificare al terzo sequestratario e depositario la dimanda di conferma del sequestro, e a ciò mancando, la restituzione sarà validamente eseguita.

Quando, all'incontro, l'ostacolo viene da

(1) Ric., 26 febbraro 1835 (S. V., 35, 1, 872).

(2) *Vedi* a tal riguardo la monografia del compianto giovine Giulio Tambour (*Delle vie di esecuzione sui beni del debitore*, t. II, p. 463 e seg.). — *Vedi* pure, sull'analoga quistione nel caso di trasferimento di un credito, una dissertazione di Barrilliet (*Rivista pratica*, 1862, t. XIII, p. 49).

un terzo il quale pretende avere la proprietà o qualunque altro diritto reale sulla cosa, quel terzo non è tenuto ad adempire tutte le formalità del sequestro, e l'opposizione, qualunque siane la forma, purchè abbia i caratteri di un atto stragiudiziale, basta perchè il depositario si astenga dalla restituzione; il che è conseguenza della distinzione fatta dall'art. 1944 (1816) tra il sequestro e l'opposizione (1).

1945 (1817). — Il depositario infedele non è ammesso al benefizio della cessione.

SOMMARIO.

I. 497. La pena pronunziata dal nostro articolo non induce per necessità l'arresto di persona. — 498. Secus *se il deponente propone la sua dimanda avanti al tribunale correzionale come subordinata all'esercizio dell' azione pubblica. — 499. L'infedeltà suppone la mala fede.*

I. — 497. Come abbiamo osservato, il deposito è un contratto di buona fede e di confidenza; quindi la legge non può spiegare molto rigore avverso il depositario che violi la fede del contratto. La legge romana dichiarava *infame* colui che violasse o negasse il deposito; il nostro articolo lo esclude dal benefizio della cessione dei beni applicandogli il principio molto più generale dell'art. 1268 (1221), il quale concede simil favore al solo debitore sventurato e di buona fede. L' art. 904 (981) del Codice di procedura riproduce siffatta esclusione riferendosi tacitamente al nostro art. 1945 (1817).

Poichè l'effetto della cessione giudiziaria si è di liberare il debitore dall' arresto di persona, parrebbe naturale argomentare dalla disposizione del nostro articolo, che il depositario infedele possa venire personalmente arrestato (2). Ma questa induzione sarebbe troppo assoluta, e condurrebbe alla violazione evidente dell'art. 2063, il quale proibisce ai giudici di ordinare questa via rigorosa di esecuzione fuori dei casi preveduti dalla legge (*); or, se l'art. 2060 vi sottopone il depositario nel caso di deposito *necessario*, non v' ha disposizione che ve lo sottoponga in quello di deposito volontario (3) (*).

Vuolsi dire per questo che il nostro articolo sotto tal rapporto sia *inutile*? No certamente. L'art. 126 del Codice di procedura lascia ai giudici la facoltà di pronunziare l'arresto personale in materia civile, per danni-interessi eccedenti la somma di 300 franchi; se la condanna pronunziata contro il depositario eccederà quella somma, il giudice potrà aggiungervi l'arresto di persona, senza che il depositario dichiarato infedele possa liberarsi dall'arresto col beneficio di cessione.

498. Del resto, ben si comprende che se il deponente propone la sua dimanda al tribunale correzionale, unitamente e subordinatamente all'azione pubblica (Codice pen., art. 408), il depositario potrà sempre venir punito coll' arresto di persona,

(1) Duvergier (t. XXI, n. 497); Aubry e Rau (t. III, p. 450, nota 12); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 11, nota 21). Bordeaux, 28 febbraro 1839 (S. V., 49, 2, 400); Req., 31 luglio 1855 (S. V., 56, 1, 133; Dalloz, 55, 1, 278). — *Contra*. Troplong (n. 176).

(2) Duranton (t. XVIII, n. 69).

(*) Art. 1931 ll. cc. « L'arresto personale nelle materie civili non potrà aver luogo, se non quando sia convenuto tra le parti, ordinato, o permesso dalla legge. »

(3) Troplong (n. 181). Cass., 18 nov. 1834 (S.V., 34, 1, 777; Dalloz, 35, 1, 10).

(*) L'art. 1934 delle nostre leggi civili pronunzia pure l'arresto personale pel deposito volontario.

qualunque sia l'ammontare della condanna pronunziata contro di lui; dappoichè l'art. 52 del Codice penale comanda di pieno dritto siffatta via di esecuzione alle condanne all'ammenda, ai danni-interessi e alle spese.

499. L'infedeltà di che parla il nostro articolo non consiste in una semplice negligenza od omissione, ma in un dolo determinato, nell'indebita appropriazione o nella distruzione dell'oggetto depositato, non che nella negazione del deposito con intendimento di frodare il deponente. L'art. 1945 (1817) è nel suo dettato molto più esteso dell'art. 408 (631) del Cod. penale.

1946 (1818). — Qualunque obbligo del depositario si estingue, quando venga a scoprire ed a provare esser egli stesso il proprietario della cosa depositata.

SOMMARIO.

I. 500. Caratteri dell'azione diretta di deposito: essa si prescrive per trent'anni; ma la rivendica non si prescrive contro il depositario o suoi eredi. — 501. L'azione di deposito si prescrive per tre o dieci anni, quando vi sia stato delitto o crimine. — 502. Della prova che dee farsi dopo la prescrizione dell'azione personale, quando il deponente esercita il diritto di rivendica.

II. 503. L'esercizio dell'azione diretta di deposito vien meno colla prova che il depositario è proprietario. — 504. Con un processo pendente sul diritto di proprietà. — 505 Finalmente col diritto di ritenzione. — 506. Il depositario non può opporre la compensazione.

I. — **500.** L'art. 1946 (1818), che si occupa di un caso particolare di cessazione del deposito o delle obbligazioni che ne risultano pel depositario, ci porta naturalmente a determinare, pria di por fine a questa sezione, i caratteri dell'azione spettante al deponente e le cagioni che possono arrestarne l'esercizio.

L'azione di deposito, addimandata dai Romani *actio depositi directa*, perciocchè nasce direttamente e immediatamente dal contratto, è un'azione personale spettante al deponente e ai suoi eredi, e destinata a sanzionare tutte le obbligazioni del depositario, delle quali abbiam parlato nel corso di questa sezione.

L'azione di deposito, al pari di ogni altra azione, cade sotto la disposizione generale dall'art. 2262 (2168); essa si prescrive per trent'anni. Ma intorno a questa prescrizione è mestieri dare talune spiegazioni. Finchè il depositario o i suoi eredi possiedono la cosa depositata, il deponente è libero di metter da banda l'azione personale e di prender la via della rivendica: qui, l'art. 2262 (2168) è fuori applicazione. e il depositario, finchè non ha distrutto il titolo del deponente, è possessore precario, di guisa che all'azione di rivendica non può opporre prescrizione di sorta (art. 2236 (2142)). Ma se il depositario che ha finito di possedere la cosa, sia perchè l'abbia alienata, sia perchè l'abbia perduta per colpa, della quale sarebbe responsabile, non può venir perseguito se non con una semplice azione personale per danni-interessi, alla quale può anche opporre la prescrizione di trent'anni. Da ciò risulta, che se, scorsi i trent'anni, il deponente promuove l'azione di rivendica, egli non può venire invocando la sua qualità di deponente contro il possessore, per renderlo responsabile dei deterioramenti che costui avrà potuto arrecare al deposito. Egli riprende la cosa sua nello stato in cui si ritrova, salvo il diritto di far considerare l'antico depositario come

possessore di mala fede, e a farlo condannare per tale (1).

501. Quando il fatto di violazione imputabile al depositario è di tal natura che sia a lui applicabile l'art. 408 (631) del Codice penale, o in altri termini, quando quel fatto costituisce un abuso di confidenza, l'azione civile, stretta colla pubblica, si prescrive al pari di questa e con questa, per tre o dieci anni a contare dal giorno del delitto o del crimine (C. d'istruz. crim., articolo 637 e 638)) *; allo spirare di questo termine così breve, il depositario è sicuro da ogni azione in suo danno. Singolar capriccio della nostra legge repressiva! Tre o dieci anni bastano a liberare il depositario sol perchè il fatto ha spiegato il carattere di un reato punito dal Codice penale, mentre se il fatto imputabile al depositario costituisse un semplice reato civile, l'azione avrebbe una durata di trent'anni!

502. Osserviamo pure che quando, scorsi i trent'anni, il deponente promuove l'azione di rivendica, tocca a lui di provare che l'oggetto trovisi in realtà presso il depositario; dappoichè sendo l'azione personale prescritta, si presume che la restituzione sia avvenuta. Ma poichè questa prova fu fatta, o se per avventura il depositario, tuttavia possessore della cosa, pretenda ch'ei la possiede per altro titolo, costui è tenuto di provare l'inversione del titolo in virtù del quale possiede (art. 2231 (2137)).

II. — 503. Vediamo infine per quali cause può venire diffinitivamente o provvisionalmente arrestato l'esercizio dell'azione del deponente.

L'art. 1946 (1818) ne contempla una prima: il depositario ha scoverto ed è pronto a provare ch'egli era proprietario della cosa depositata, ovvero che ne lo sia divenuto dal giorno del deposito: per tal modo l'azione del deponente svanisce ad un tratto, avvegnachè sia principio che nessuno può essere depositario della cosa che gli appartiene.

Notiamo del resto col nostro articolo che ad ottener quel fine non basta che il depositario alleghi un diritto di proprietà, ma conviene che il provi al più presto e in via sommaria; chè altrimenti verrà condannato a restituire la cosa, salvo il diritto di sperimentare in seguito l'azione di rivendica.

504. La dimanda di restituzione del deponente potrebbe per altro motivo venir respinta dal depositario, cioè nel caso in cui fosse iniziato un procedimento intorno al diritto del primo; dappoichè se la proprietà della cosa depositata è *in litigio*, il depositario può ben ricusarsi all'attuale restituzione, aspettando la fine del procedimento. Invano si opporrebbe il disposto dall'art. 1938 (1810); non è questo *il luogo* d'invocarlo, avvegnach' esso allorchè vieta al depositario di venir chiedendo a colui che ha fatto il deposito la prova del suo diritto di proprietà, non contempla *il caso* in cui quel diritto sia contraddetto avanti ai tribunali.

Del resto, chi può negare che, nella ipotesi ammessa, il depositario non abbia il diritto di ricusare la restituzione sin dopo ai risultamenti del giudizio, appunto per render salva la propria responsabilità (2)?

505. Finalmente, il depositario può invocare avverso la dimanda del deponente il diritto di ritenzione concedutogli dall'art. 1948 (1820), per ottenere il pagamento delle spese da lui fatte in occasione del deposito. Ritorneremo su questo punto nella sezione seguente.

506. Ma potrebbe il depositario, quando sia creditore del deponente per qualsivoglia titolo, opporgli la compensazione? Sembra che la quistione non possa essere proposta se si consideri che l'obbligazione del depositario è relativa ad un corpo certo, di tal che non esistano le condizioni richieste

(1) Pothier (n. 68).
* Vedi l'art. 149 del Codice penale italiano.

(2) Parigi, 2 luglio 1839 (Dalloz, *Giurisprudenza generale*, alla parola *Deposito*, n. 82).

dall'art. 1291 (1245), perchè vi sia compensazione. Tuttavia l'art. 1293 (1247) rifiuta al depositario il diritto di opporla. Qual'è il significato di questo articolo? Noi l'abbiamo dichiarato in occasione del *commodato*, ove si presenta la medesima quistione; quindi vi rimandiamo il lettore (*vedi* sopra, nn. 98 e seg.), aggiungendo che, a fin di dare una spiegazione dell'art. 1293 (1247), può supporsi un deposito irregolare il cui misto carattere potrebbe far dubitare intorno alla natura del contratto; in tal caso il depositario è tenuto innanzi tutto a restituire ciò che deve, potendo esercitare di poi la sua azione (1).

Ma se il depositario fosse stato condannato al pagamento di una somma equivalente al deposito, dissipato o perduto, la compensazione potrebbe opporsi a buon diritto, avvegnachè in questo caso esisterebbero le condizioni richieste nell'articolo 1291 (1245) (2).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL DEPONENTE.

1947 (1819). — Il deponente è obbligato di rimborsare al depositario le spese fatte per conservare la cosa depositata, e di farlo indenne di tutte le perdite che il deposito può avergli cagionate.

1948 (1820). — Il depositario può ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tuttociò che gli è dovuto per causa del deposito stesso.

SOMMARIO.

I. 507. Il deposito talvolta dà origine ad un'azione in favore del depositario: motivi. — 508. Quest'azione ha per obbietto le spese necessarie, e in certo modo le utili, fatte dal depositario in occasione del deposito. — 509. Siffatte spese non producono interessi di pieno dritto. — 510. Il depositario dev'esser pure fatto indenne delle perdite che il deposito può avergli cagionate.

II. 511. Quest'azione è guarentita dal diritto di ritenzione: natura di tal diritto: rimando. — 512. Talvolta essa è pur garentita dal privilegio dell'art. 2102, 3° (1971, 3°).

I. — 507. Il deposito appartiene, come abbiam detto, alla classe dei contratti sinallagmatici imperfetti; quindi dà nascimento ad una sola azione principale e diretta: cioè, l'azione del deponente contro il depositario. Ma può accadere che quest'ultimo abbia fatto spese o subìto perdite in occasione del deposito; ed allora, in via incidentale e accessoria, all'azione principale del deponente, ne tien dietro un'altra in favore del depositario; cioè, l'azione addimandata dai Romani *actio contraria*,

(1) Pothier (*Obblig.*, n. 589). — *Vedi* anche Marcadè (art. 1293 (1247), III) e Larombière (articolo 1293, n. 3).

(2) Marcadè (*loc. cit.*). Larombière (art. 1203, n. 5).

perchè nata *ex post facto*, e perchè non essenziale al contratto. Difatti, quest'azione può mancare, e il contratto nulladimeno esistere, come nel caso in cui il deposito non abbia cagionato nè spese nè perdite al depositario; la medesima poi si giustifica facilmente, dacchè il depositario, prestando un servigio meramente gratuito, non potrebbe andare incontro a perdite o non aver diritto al rimborso delle spese, avvegnachè l'equità e la giustizia richiedano che il deponente non si arricchisca a danno di lui.

508. L'art. 1947 (1819) dettato con siffatto intendimento, esprime dunque che la persona che ha fatto il deposito sia tenuta di rimborsare al depositario le spese fatte per conservare la cosa depositata. Come ad esempio di questa prima obbligazione, si allega il caso in cui il depositario, avendo ricevuto in custodia un cavallo o un altro animale, abbia dovuto nudrirlo e curarlo nella sua malattia: il depositario ha diritto di reclamare le spese di nudrimento al pari di quelle subìte pel suo governo e per medicamenti (1). Tutto ciò è incontrastabile, poichè finora si tratta di spese necessarie.

Ma conviene andare più innanzi, e sebbene l'articolo parli soltanto di spese fatte per conservare la cosa, non è pur dubbio che le spese utili debbano essere rimborsate dal deponente, sino alla concorrenza del maggior valore ch'esse hanno procurato al deposito, se per avventura il depositario nel farle, avrà agito da buon amministratore; se fosse altrimenti, il deponente si farebbe più ricco a spese del depositario (2). Nondimeno, per ciò che concerne tali spese, il giudice dovrà mostrarsi men facile, dacchè al postutto il depositario ha ecceduto i poteri assai ristretti che gli conferiva il contratto; che anzi, se mai il depositario avesse fatto quelle spese senza tenerne avvertito il deponente, quando gli sarebbe riuscito facile il farlo, il giudice potrebbe respingere la sua dimanda. Si aggiunga a dippiù che tra le spese utili e le necessarie corre quest'altra differenza, cioè, che le ultime sono dovute in ogni ipotesi, anche quando la cosa sia perita per caso fortuito, mentre all'incontro, le spese utili possono ripetersi, dal depositario solo allora che la cosa tuttavia esista nel giorno della restituzione.

In riguardo alle spese voluttuose, il depositario che l'avesse fatto, avrebbe soltanto il diritto di togliere dall'oggetto ciò che vi avrà aggiunto, restituendolo al suo primiero stato.

509. Le somme che il depositario avrà pagato per la custodia e la conservazione della cosa produrranno forse interessi di pieno dritto? L'equità suggerisce l'affermativa, molto più che il legislatore ha fatto correre gl'interessi di pieno dritto in casi assai meno favorevoli (art. 1846, 1996, 2001, 2028 (1717, 1868, 1873, 1900)). E nondimeno, poichè in questo la legge ha tenuto il silenzio, è mestieri applicarvi il principio dell'articolo 1153 (1107), supponendo che il legislatore abbia pensato che le somme sborsate fossero quasi sempre di così lieve importanza da non doverle dichiarare produttive d'interessi di pieno dritto (3).

510. Il deponente è tenuto non pure a rimborsare le spese al depositario, ma ben pure a farlo indenne di tutte le perdite dirette o indirette che il deposito può avergli cagionate (art 1947 (1819)). Di tal che, se voi mi avete affidato un animale in custodia, il quale ha comunicato una malattia contagiosa agli animali di mia proprietà, sarete obbligato a riparare il danno di cui mi siete stato cagione, quando pure aveste ignorata la malattia che affliggeva il vostro animale. E se il fittaiuolo, ai termini dell'art. 1721 (1567) ha la medesima obbligazione nel contratto di locazione, con più ragione deve averla il deponente nel con-

(1) Pothier (n. 69).
(2) Duvergier (t. XXI, n. 502); Aubry e Rau (t. III, p. 451, nota 1). — *Contra*, Duranton (t. XVIII, n. 73); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 11. nota 1).
(3) *Vedi* Dalloz (alla parola *Deposito*, n. 116).

tratto di deposito. Lo stesso sarebbe nel caso in cui il depositario avesse sagrificato in un incendio i propri beni per salvar quelli del deponente (*sopra*, n. 427). Ma la perdita subìta dal depositario non dev'essere il risultato di colpa o di negligenza da sua parte.

II. — 511. Come a guarentigia dell'azione conceduta al depositario, l'articolo 1948 (1820) permette a costui di ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso. È questo il diritto di ritenzione, intorno alla natura e agli effetti del quale non dobbiamo occuparci in questo luogo, avendo opportunità di parlarne nel titolo *Del Pegno*. Solo diremo che, secondo la più comune opinione, il depositario gode di tal diritto non solo in riguardo al deponente e ai suoi eredi, ma pure rispetto ai loro creditori anche privilegiati, dappoichè l'articolo non fa distinzione di sorta, sendo utile al depositario, sopratutto rispetto ai terzi, di poter ritenere la cosa, allorchè il deponente sia caduto in fallimento o in decozione (1).

Osserviamo però col nostro articolo, che quel diritto esiste solo per ciò ch'è dovuto per causa del deposito, cioè, per le spese necessarie fatte dal depositario, per le perdite da lui subite, e pure, a nostro avviso, pel tenue salario che può avere stipulato.

512. Oltre al diritto di ritenzione, il depositario potrebbe invocare un privilegio pur dopo che abbia finito di possedere l'oggetto depositato? Sembra che Pothier (n. 74) gli nieghi cotal diritto, avvegnachè egli subordini il diritto di ritenzione, da lui impropriamente chiamato privilegio, al possesso dell'oggetto. Nondimeno, il depositario vien posto generalmente tra' creditori privilegiati, ma nel solo caso in cui il credito sia cagionato da spese fatte per la conservazione del deposito; dappoichè allora il suo diritto si considera regolato dall'articolo 2102 3° (1971, 3°) (2). La giurisprudenza par che vada più avanti, attribuendo al depositario, in tutti i casi, anche in quello in cui sia creditore in considerazione di perdite cagionategli dal deposito, il diritto di far vendere l'oggetto depositato e di pagarsi, per privilegio, sul prezzo ricavato dalla vendita (3).

SEZIONE V.

DEL DEPOSITO NECESSARIO.

1949 (1821). — Il *deposito necessario* è quello che si è dovuto fare per qualche accidente, come per un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio o altro avvenimento non preveduto.

1950 (1822). — Pel deposito necessario può essere ammessa la pruova testimoniale, quando anche si trattasse di una somma maggiore di cinquanta ducati.

1951 (1823). — Nel rimanente il deposito necessario è sottoposto a tutte le regole precedentemente enunciate.

(1) Duvergier (t. XXI, n. 505); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 12, nota 2).

(2) *Vedi* il nostro *Commentario dei Priv. e Ipot.* (n. 143); Troplong (n. 193); Aubry e Rau (t. III, p. 452, nota 3); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 12, nota 2).

(3) Lione, 27 agosto 1849 (S. V., 49, 2, 557; Dalloz, 50, 2, 14; J P., 1849, t. II, p. 596); Ric., 10 dicembre 1850 (S. V., 51, 1, 243, Dalloz, 51, 1, 399; J. P., 1853, t. II, p. 631). — *Vedi* però Troplong (*Priv. e Ipot.*), n. 257); Duranton (tom. XVIII, n. 74); Duvergier (n. 506); Rauter (*Ric. straniera di legisl.*, t. VIII, p. 769).

SOMMARIO.

I.— 513. Il deposito propriamente detto si divide in volontario e necessario (art. 1920 (1792)). A quest'ultimo è consacrata la sezione V del capitolo II, alla quale siamo già pervenuti.

Il deposito necessario è definito dall'art. 1949 (1821): quello che si è dovuto fare per qualche accidente, come per un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio, o altro avvenimento impreveduto. Come ben si avverte dallo stesso titolo, esso trae origine da tali circostanze che hanno reso impossibile la scelta di un depositario. Il deponente è stato costretto dalla necessità a confidare la sua cosa al primo venuto, ignaro se costui meritasse o no la sua confidenza. È questo il carattere distintivo del deposito necessario; sono questi i motivi onde il legislatore fu mosso a derogare in favore del deponente alle regole sul deposito volontario.

514. Del resto l'art. 1949 (1821) non indica tassativamente i casi in cui può aver luogo il deposito necessario; gli esempî in esso consacrati sono tratti dalla legge romana (l. 1, § 3, ff *Depos.*), la quale, prevedendo soltanto infausti avvenimenti, avea chiamato il deposito di che parliamo miserabile deposito (*miserabile depositum*). Ma non vuolsi credere perciò che il deposito necessario possa aver luogo nei soli casi di disgrazie o sventure; dappoichè la necessità che n'è il principio può del pari prodursi in difetto di avvenimenti sinistri. Così un cittadino è costretto a partire immantinenti per un servigio di pubblico interesse; un ambasciadore riceve l' ordine di lasciar subito il paese nel quale era accreditato: tali ed altre simili circostanze sono altrettante cagioni che possono dar luogo alla costituzione di un deposito necessario.

Ma in ogni caso è mestieri che il deposito sia fatto a causa di un avvenimento impreveduto che abbia vietato al deponente di pigliare un partito diverso; di tal che, un semplice disturbo, una lieve difficoltà mal potrebbero imprimere al deposito il carattere di necessario (1). Bisogna a dippiù che l'oggetto depositato sia passato al depositario ond' essere sottratto al pericolo. Così la Corte di Rennes ha deciso con ragione, che quando costi che la cosa esisteva in una casa diversa da quella incendiata, di tal che, il deposito fattone non potè venir suggerito dall'idea di preservarla dall'incendio, non siavi luogo ad applicare le regole speciali sul deposito necessario (2).

515. Secondo il già detto, e sopratutto per la esistenza di una causa impreveduta ed urgente che presiede al deposito della cosa, parrà forse che il deposito necessario non costituisca un contratto. Così sembra aver pensato Réal nella Esposizione dei motivi, allorchè disse: « Qui non si tratta di un contratto, ma sibbene di un quasi-contratto fondato sulla necessità (3). » Ma questa idea non è giusta; dappoichè, il

(1) Crim. rig., 12 agosto 1848 (S. V., 49, 1, 298; Dalloz, 48, 5, 99; J. P., 1849, t. II, p. 437).

(2) Rennes, 2 agosto 1819 (S. V., Coll. nov., 6, 2, 121; Dalloz, alf., t. V. p. 73).

(3) Fenet (t. XIV, p. 502); Locré (t. XV, p. 125).

fatto della imprevidenza dell'avvenimento e il numero forse assai ristretto delle persone tra cui il deponente può scegliere, non posson togliere la esistenza del contratto, della convenzione. « Il deposito, dice Domat, benchè necessario, è tuttavia volontario e convenzionale, dappoichè la consegna della cosa al depositario tien luogo di una convenzione espressa o tacita (1). » Lo stesso principio ha senza dubbio guidato il legislatore, avvegnachè l'art. 1920 (1792) è collocato nella sezione relativa alla natura e alla essenza del contratto di deposito.

II. — 516. Il deposito necessario, perchè contratto, va sottoposto, in genere, alle regole del deposito volontario, tanto per quel che concerne la responsabilità e la restituzione, come per ciò che spetta alla capacità delle parti contraenti (art. 1951 (1823)). Laonde non possiamo dividere la opinione di Troplong, che in riguardo alla capacità sostiene, che il deposito necessario fatto a persona incapace costituirebbe un quasi-contratto avente forza obbligatoria per costringere l'incapace alla restituzione della cosa depositata (2). Ciascun vede quanto sia inutile supporre un quasi-contratto per costringere l'incapace alla restituzione finchè l'oggetto esiste tuttavia appo lui, mentre l'art. 1926 (1798) vi provvede a sufficienza (*sopra*, n. 419).

517. Ma le regole ordinarie del deposito non sono tutte applicabili al deposito necessario, pel quale esistono due eccezioni.

La prima è indicata nell'articolo 1950 (1822)), secondo il quale la prova testimoniale è ammissibile pel deposito necessario tuttochè si tratti di somma maggiore di 150 franchi. Questa eccezione, ch'era stata già stabilita nell'articolo 1348, 2° (1302, 2°) è giustificata da che i depositi di tal natura si fanno all'improvviso e senza lunghe riflessioni, riuscendo spesso impossibile redigere una scrittura.

A dir vero, gli art. 1348 e 1950 (1302 e 1822) hanno seguito in tal punto un principio del nostro dritto antico. Dappoichè, sebbene l'ordinanza di Moulins, nel proibire la prova testimoniale, non abbia eccettuato il caso di deposito necessario, nondimeno egli è certo che i parlamenti avevano introdotto una eccezione in favore di quel contratto (3); e l'ordinanza del 1667, tit. XX, art. 3, venne poi confermando questa giurisprudenza, consacrata del pari dai redattori del Codice. Ciò posto, convien dire che la prova testimoniale deve ammettersi non solo pel fatto del deposito, ben ancora per la natura e il valore delle cose depositate; la dichiarazione del depositario è in tal caso inefficace; e costui invocherebbe invano l'art. 1924 (1796), perocchè il deponente non è caduto in colpa, sicchè debba rimettersene alla buona fede del depositario.

518. Ma prima di stabilire il fatto del deposito mercè la prova testimoniale, è mestieri si dimostri la necessità nella quale si è trovato il deponente; dappoichè costui farebbe invano la prova del contratto, se non si trovasse nelle condizioni prevedute nell'art. 1949 (1821). Spetta qui al magistrato deliberare, ammettendo presunzioni gravi, precise e concordanti (art. 1353 (1307)), potendo pur deferire al depositario il giuramento suppletorio.

519. La seconda eccezione alle regole comuni consiste nell'arresto di persona, il quale ha luogo pel deposito necessario (art. 2060, § 1° (1934, § 2°)) *. Il diritto romano dava in tal caso l'azione pel doppio (*actio in duplum*) contro il depo-

(1) Domat (*Leggi civili*, lib. 1, tit. VII, sez. 5, § 2).

(2) Troplong (n. 208).

(3) *Vedi* Danty (*Prova testim.*, p. 12 e 69).

* Ricordiamo che, ai termini dell'art. 1934, l'arresto personale è pure ammesso pel deposito volontario, di tal che per le nostre leggi la sola differenza che corre tra il deposito volontario e il necessario è relativa alla prova testimoniale, che per quest'ultimo è ammessibile quando pure si tratti di somma eccedente i 50 ducati (art. 1822).

sitario che negasse il deposito (l. 1, §§ 1 e 4, ff. *Depos.*), e sembra che secondo le leggi delle Dodici Tavole, il depositario fosse pure sottoposto allo stesso rigore. (*Sent. di Paolo*, lib. II, tit. XII, § 11). Ma era questa una ingiusta confusione; conciossiachè, sebbene da una parte, il depositario volontario che divien colpevole d' infedeltà, commetta un' azione cattiva, nondimeno, dall'altra, il deponente è pur colpevole di aver riposto la sua fiducia in persona che non la meritava. All'incontro, nel deposito necessario, non può veruna colpa imputarsi al deponente il quale, avendo proceduto sotto l'impero della necessità, merita maggior tutela e protezione contro il depositario infedele. Da ciò la disposizione dell'art. 2060 (1934), il quale ammette l'arresto personale pel deposito necessario. Del resto, i termini generali coi quali è concepita siffatta disposizione mostrano che quella via di esecuzione può tener dietro ad ogni condanna pronunziata avverso il depositario in occasione del deposito.

1932 (1824). — Gli osti e gli albergatori son tenuti come depositari per le robe introdotte ne' loro alberghi dal viandante che vi alloggia. Il deposito di tali robe dee risguardarsi come un deposito necessario.

1933 (1825). — Son essi tenuti pel furto, o pel danno arrecato alle robe del viandante, tanto se il furto sia stato commesso, o il danno sia stato arrecato dai domestici, o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, quanto dagli estranei che vanno e vengono in essi.

1934 (1826). — Non sono tenuti pei furti commessi con forza armata o con altra forza irresistibile.

SOMMARIO.

I. 520. *Giustificazione dei nostri articoli.— 521. Il deposito negli alberghi è conseguenza del contratto di locazione che si forma tra il viandante e l'albergatore.*

II. 522. *La somiglianza dell'albergatore col depositario esiste solo per la prova.— 523. Motivi dell'ammissione della prova testimoniale. —524. Potere discrezionale del giudice per riceverla. — 525. Transizione.*

III. 526. *La responsabilità degli albergatori si estende a tutti coloro ch'esercitano il mestiere di alloggiare, come gli osti, e coloro che alloggiano in camere mobigliate. - 527. I bagnaiuoli pubblici. — 528. Ma non i vivandieri e i cafettieri. — 529. In tutti i casi è necessaria l'abitudine al mestiere.*

IV. 530. *Perchè siavi responsabilità, basta che le robe sieno state introdotte nell'albergo. — 531. Lo stesso per gli oggetti preziosi. — Controversia intorno a quest'ultimo punto; potere discrezionale del giudice.— 532. Gli oggetti lasciati fuori dell'albergo sono pure sotto la custodia dell'albergatore, se per avventura sia tale la consuetudine. — 533. Le robe devono appartenere al viaggiatore. — 534. Quid relativamente agli oggetti dimenticati e depositati da una persona che non alloggia nell'albergo?*

V. 535. *Estensione della responsabilità. — 536. L'albergatore risponde del fatto dei suoi domestici o preposti. — 537. E di quello degli estranei che vanno e vengono nell'albergo. — 538. La responsabilità esiste per ogni fatto che abbia prodotto un danno, qualunque siane la cagione: perdita, furto, incendio, ecc. — 539. Salvo all'albergatore il diritto di provare una forza maggiore alla quale non ha potuto re-*

sistere. — **540.** *Il legislatore indica effetto di forza maggiore, il furto commesso con forza armata. Quid del furto commesso per iscalata o coll'aiuto di chiavi false?* — **541.** *Del caso in cui il viandante trovisi in colpa.* — **542.** *L'albergatore può declinare da ogni responsabilità per convenzione espressa.* — **543.** *Lo può mediante avviso?*

I. — **520.** Il legislatore assomiglia al deposito necessario del quale abbiamo ragionato il deposito delle robe lasciate da un viandante in un albergo o locanda. Lo stesso era per diritto romano e per la nostra antica giurisprudenza (1), e la ragione datane dai giureconsulti romani è questa: allorchè taluno trovasi in viaggio e giunge in una città, gli è quasi impossibile informarsi della moralità di colui appo cui deve alloggiare, epperò gli è forza confidare nella sua buona fede nel dargli in custodia le robe ch'ei porta seco: *Quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere.* (L. 1, pr., ff. *Nautae caup.*) Egli è poi vero che l'albergatore, esercitando un mestiere, s'impone per ciò stesso più rigorosi doveri e si offre alla pubblica confidenza; e questo è il motivo onde il legislatore gli ha demandato senza ingiustizia una vigilanza maggiore di quella imposta a colui che volontariamente e gratuitamente s'incarica della custodia di un oggetto. In questo caso ben si scorge lo stesso motivo che governa quello del deposito necessario propriamente detto.

521. Doppio è il contratto che si forma tra l'albergatore e il viandante; in primo luogo, v'ha una locazione per le cure e i servigi che si rendono alla persona del viandante e agli animali che costui può avere, e per l'asilo che loro si fornisce. Dipoi, come accessorio a questo contratto principale, di cui non dobbiamo occuparci in questo luogo, interviene un contratto di deposito, ch'è conseguenza del primo, e che differisce dal deposito volontario perchè non è un semplice ufficio d'amicizia, ma un servigio reso avuto riguardo al beneficio che la dimora dei viandanti nell'albergo procura all'albergatore. Considerato in sè stesso, cotal servigio è gratuito; ma siccome esso è conseguenza del contratto di locazione, ch'è contratto oneroso, così è che il depositario è sottoposto ad una più grave responsabilità.

II. — **522.** Nondimeno, conviene osservare che l'art. 1952 (1824) considera gli albergatori come depositari necessari sol per ciò che concerne la prova; dappoichè relativamente alla responsabilità, essi sono considerati con più rigore. Indi è che a torto il Duvergier biasima la definizione dell'art. 1949 (1821), allorchè rimprovera a questo articolo di non aver compreso nelle sue espressioni il deposito degli albergatori (2). L'art. 1949 (1821) dovea parlare e parlò del solo deposito necessario propriamente detto, di quello che avviene in seguito ad un avvenimento impreveduto e quasi sempre infausto; il deposito che si fa negli alberghi non doveva entrare in quella definizione, perchè sottoposto a regole speciali e differente per taluni riguardi dal deposito necessario.

523. Consideriamo innanzi tutto il deposito fatto negli alberghi dal solo profilo onde vien dalla legge somigliato al deposito necessario. Sebbene nella prima specie di deposito non esista il fatto di un avvenimento impreveduto che nel deposito necessario suggerì l'ammissione della prova testimoniale anche per valore eccedente i 150 franchi, nondimeno v'ha in esso qualcosa che dovea condurre ad ammettere la stessa eccezione: noi parliamo della impossibilità morale in cui trovasi il viandante di ottenere dall'albergatore un atto di riconoscimento degli oggetti da lui portati nell'albergo; dappoichè sarebbe troppo mo-

(1) Pothier (n. 77).

(2) Duvergier (t. XXI, n. 508).

lesto pel locandiere, e cagione a lui di grave perdita di tempo, il dovere di redigere una scrittura all' arrivo di ciascun viaggiatore. Laonde, non diciamo, con Troplong, che l'impossibilità, la quale ha suggerito l'ammissione della prova testimoniale, risulti dallo stato di stanchezza del viandante che, arrivato nell'albergo, avrebbe tutt' altro in pensiero di redigere una scrittura del deposito ch'egli affida all'albergatore (1); diciamo però che se l' eccezione è stata introdotta nell' interesse del viandante, essa esiste sopratutto in considerazione del mestiere di albergatore, il quale non permetterebbe a costui di fornire ai viandanti una scrittura comprovante il deposito.

524. Ma si notino i limiti nei quali dev'essere estesa cotale eccezione; dappoichè se l'interesse del viandante vuol essere rispettato, quello del locandiere dev' essere egualmente protetto dai richiami infondati, dalla mala fede di persone che potrebbero allegare l' esistenza del deposito, e collo aiuto di testimoni conniventi e mendaci, reclamarne un prezzo imaginario. Quindi è che l'art. 1348 (1302), nel permettere la prova testimoniale, prescrive al giudice, in conformità dell'ordinanza del 1667, della quale riproduce l'espressioni (tit. XX, articolo 4), di considerare la qualità delle persone e le circostanze del fatto. Così il giudice ha un potere discrezionale per ammettere o respingere la prova testimoniale; egli è tenuto ad estimare la qualità delle persone, la verosimiglianza del richiamo proposto dal viandante; esaminare se gli oggetti dei quali costui chiede provare il deposito nell'albergo siano in rapporto colla sua fortuna, col suo stato, col fine del suo viaggio: è questo un primo mezzo che serve di giusto contrappeso alla responsabilità tanto grave dell'albergatore (2).

Ma v'ha dippiù: pur dopo la prova della esistenza del deposito degli oggetti reclamati, il viandante deve stabilirne il valore, il numero, la quantità e la qualità. Su tal punto il giudice deve ammettere con maggior prudenza la prova testimoniale, e giovarsi delle presunzioni desunte dal carattere della persona che reclama, dalla sua maggiore o minore probità, e, a seconda delle circostanze, potrà deferirle il giuramento *ad litem*, in conformità dell'articolo 1369; dietro a che il giudice potrà modificare i fatti che gli sembrino esagerati, e respingere le asserzioni del querelante, se mai fossero evidentemente contrarie col suo stato o col fine del suo viaggio.

525. Il legislatore ha dunque preso in grandissima considerazione l'interesse del viandante, permettendogli di provare il deposito con testimoni; ed ha cercato pure di proteggere l'albergatore dai raggiri fraudolenti, lasciando ai magistrati un potere assai lato. Così è che, dietro avere adottato tutti i provvedimenti in favore dell'uno e dell'altro, il legislatore ha potuto, senza trascendere i limiti della severità, far pesare sull'albergatore una responsabilità tanto rigorosa. Ora è tempo di studiare siffatta responsabilità, esaminando quali persone sono comprese sotto il titolo di osti o albergatori, quali sieno le condizioni richieste per la esistenza di quella responsabilità, e finalmente qual sia l'estensione della medesima.

III. — 526. E dapprima, sotto le denominazioni di osti o di albergatori comprendiamo tutti coloro che fanno il mestiere di alloggiare i viaggiatori, sia che tal mestiere si annunzi con emblemi od insegne, sia che si eserciti senza alcun segno esterno, ma apertamente e agli occhi del pubblico.

Poco importa che il mestiere di albergatore consista nel dare alloggio alle persone e agli animali nel tempo stesso, ovvero alle persone esclusivamente. Quindi, le locande mobigliate debbono annoverarsi tra quelle contemplate nel nostro articolo. Il legislatore del 1838 sembra avere opinato a questo modo, allorchè, nella legge

(1) Troplong (n. 213).

(2) Pothier (n. 81).

dei 25 maggio sulla competenza dei giudici di pace, attribuiva a costoro sino a 100 franchi la conoscenza delle liti insorte tra gli osti, gli albergatori o locandieri, e i viaggiatori che alloggiano in camere mobigliate per deposito e perdita o avarìa delle robe depositate nell'albergo. Tale è pure la comune opinione degli scrittori (1).

527. Ma sembra più difficile assunto comprendere nei termini del nostro articolo i pubblici bagnaiuoli; a tal riguardo è mestieri si facciano talune distinzioni sotto il profilo della responsabilità. Egli è certo che si richiede maggior vigilanza da colui che dirige uno stabilimento sontuoso destinato a ricevere persone di alto grado, anzichè da chi ha fondato uno stabilimento di bagni in luogo scoperto, con un ricettacolo comune per tutte le robe dei bagnanti. La differenza della mercede dovrà produrre effetti diversi in riguardo alla responsabilità, dappoichè la persona che richiede una retribuzione maggiore promette in ricambio una maggior vigilanza di chi, chiedendo un lieve compenso, non può rendere la medesima vigilanza che assorbirebbe il suo sparuto beneficio. Epperò, non dividendo l'opinione assoluta di taluni scrittori che stabiliscono una eccezione in favore degli stabilimenti di bagni (2), noi crediamo che taluni di essi, possano talvolta, se non sempre, venire agguagliati agli alberghi sotto il rapporto del quale ci occupiamo (3).

528. Ma ci pare impossibile, a malgrado il contrario parere di taluni scrittori (4), che il nostro articolo, il quale al postutto stabilisce una presunzione contraria al diritto comune ed aggrava in alto grado le condizioni ordinarie della responsabilità, possa applicarsi ai trattori, ai padroni di ristoratori, di caffè, di bigliardi e di altri stabilimenti dello stesso genere.

Noi dicemmo per qual ragione e nell'interesse di chi l'albergatore o l'oste risponda delle robe introdotte dal viandante nell'albergo o nell'osteria (*sopra*, n. 520). La stessa ragione non esiste per fermo in riguardo al padrone di un ristoratorio o di una trattoria, il quale non potrebbe rispondere degli oggetti che il consumatore avesse portato per caso e quasi sempre senza bisogno nello stabilimento, senza andare incontro a forti spese che non avrebbero alcun rapporto colla esigua mercede pagata loro dagli avventori. Spetta a costoro invigilare sulle cose proprie, ed essi il possono agevolmente durante la breve dimora che fanno nello stabilimento (5).

529. Del resto notiamo che, onde applicare nella misura indicata nei precedenti numeri, la responsabilità che pesa sugli osti e gli albergatori, ai semplici alloggiatori, a coloro che affittano stanze mobigliate, e secondo le circostanze, ai bagnaiuoli, è necessario che tali persone esercitino *ordinariamente il mestiere* di tenere simili case o stabilimenti che chiamano il pubblico a frequentarli. Ond'è che una locazione accidentale o momentanea fatta per sola condiscendenza non potrebbe sottoporre chi la consente alla disposizione dell' art. 1952 (1824). Laonde è stato deciso, che le disposizioni di legge relative alla responsabilità degli albergatori non sieno applicabili nè all'individuo che, senz'averne alcun obbligo, riceve una persona nel suo domicilio (6), nè alla comune dei proprietari

(1) Duranton (t. XVIII, n. 78); Duvergier (t. XXI, n. 521); Troplong (n. 228); Aubry e Rau (t. III, p. 453, nota 1); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 13, nota 1). Cass. 27 giugno 1811 (S.V., Coll. nov., 3, 1, 370). Lo stesso è stato deciso dalla Corte imperiale di Parigi, il 23 maggio 1863, con decisione alla quale abbiamo pigliato parte (*Gazzetta dei trib.*, 24 maggio 1863).

(2) Duvergier (t. XXI, n. 522); Zachariae, Aubry e Rau (t. III, p. 453 nota 1).

(3) Merlin (*Quist.*, alla parola Deposito necessario); Troplong (n. 229); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 13, nota 1). Rig., 4 luglio 1814 (S. V., 21, 1, 268; Coll. nov. 4, 1, 589; Dalloz, alf., t. V, p. 72).

(4) Troplong (n. 229); Massè e Vergè, sopra Zachariae, t. V, p. 13, nota 1).

(5) Duvergier (t. XXI, n. 322); Aubry e Rau (t. III, p. 453, nota 1).

(6) Colmar 26 luglio 1809 (S. V., Collez. nov., 3, 2, 108; Dalloz, alf., t. V. p. 53).

di una città i quali in tempo di fiera o nel caso di un concorso straordinario di stranieri, affittino stanze mobigliate nelle loro case (1).

IV. — 530. Vediamo ora quali sono le condizioni richieste dalla legge per la esistenza della responsabilità degli osti o albergatori. L'art. 1952 (1824) dichiara che gli osti e gli albergatori sono tenuti *per le robe introdotte nei loro alberghi dal viandante che vi alloggia*. Perchè dunque l' albergatore sia costituito depositario di quelle robe e ne sia responsabile, basta ch'esse sieno state introdotte nell'albergo; la legge non richiede che sieno state rimesse nelle mani dell'albergatore o dei suoi preposti. Il legislatore ha pensato che il fatto materiale della rimessa sarebbe cagione di molti inconvenienti; nell'uso, non avviene quasi mai, e poi, in caso di controversia, potrebbe difficilmente provarsi. Imperocchè la prova potrebbe farsi dietro esibizione di una scrittura comprovante lo eseguito deposito; ma in questo caso sarebbe assai più facile chiedere all'albergatore la scrittura recognitoria; e quindi si cadrebbe nell'inconveniente di fatto del quale abbiamo testè ragionato (n. 523) e che ha indotto il legislatore ad ammettere la prova testimoniale.

Del resto, l'art. 1952 (1824) ha riprodotto a tal riguardo la regola del diritto romano (l. 1, § 8, *Nautae*), e della nostra antica giurisprudenza. Vero è bene che tale non era l'opinione di Pothier, il quale, traendo argomento da un'altra legge romana (l. 1, § *fin.*, ff. *Furt. adv. naut.*) che sembra venire in contraddizione colla detta legge 1, § 8, *Nautae*, insegnava che il deposito non esistesse per ciò solo che il viandante avea introdotto le robe sue nell' albergo sotto agli occhi dell'albergatore, quando non fossero date a costui espressamente in custodia (2). E a dir vero, questa soluzione trovava appoggio nel testo dell' ordinanza del 1667, la quale nell' art. 4, tit. XX, così diceva: « Similmente non vogliamo escludere la prova testimoniale pei depositi fatti in occasione di alloggio in una osteria *nelle mani dell'oste e dell'ostessa.* »

Nondimeno questa soluzione era stata riprovata a ragione. Imperocchè, relativamente alle due leggi romane succitate, egli è chiaro ch'esse sono in perfetta armonia, come ha ben osservato Delvincourt (3); dappoichè la prima (la legge 1, § 8, *Nautae*) risguardava l'azione personale contro l'albergatore, mentre l'altra (la legge 1, § *fin.*, *Furti*) riguardava *l'actio furti in duplum*: il diritto romano mostravasi con ragione più difficile a concedere una azione penale anzichè ad unire al contratto una semplice azione; in quest'ultimo caso, ch' è appunto il nostro, l' albergatore era dunque responsabile sol perchè le robe erano state introdotte nell'albergo. In riguardo all'ordinanza del 1667, i bisogni della pratica non aveano permesso di pigliarne il testo alla lettera; e non ostante la formola dell' art. 4, tit. XX, la giurisprudenza riteneva che la consegna delle robe non fosse necessariamente richiesta onde impegnare la responsabilità dell' albergatore (4). La stessa opinione è adottata da tutti gli scrittori sotto l'impero del Codice (5). È dunque principio, che il contratto di deposito si formi tacitamente tra il viandante e l'albergatore col fatto solo della introduzione degli oggetti nell'albergo, e che costui pure ignorandolo, ne divenga responsabile.

Ciò posto, dobbiamo determinare tre punti di non lieve importanza: il primo relativo alle *cose* che sono affidate alla vigilanza dell'albergatore o dell'oste; il secondo relativo al fatto della *introduzione* che ob-

(1) Nimes, 18 maggio 1825 (S. V., 25, 2, 301; Collez. nov., 8, 2, 78; Dalloz, 25, 2, 238).
(2) Pothier (n. 79).
(3) Delvincourt (t. III, p. 434, nota 2).
(4) Serres (*Istit.*, lib. III, tit. XV, § 3); Danty (*Prova testimon.*, p. 81, n. 21).
(5) Delvincourt (*loc. cit.*); Duvergier (t. XXI, n. 513); Troplong (n. 218); Bugnet (sopra Pothier, n. 79); Aubry e Rau (t. III, p. 453, nota 3).

bliga l' albergatore a quella vigilanza ; il terzo concernente le *persone* nel cui interesse egli deve esercitarla. In altri termini, è mestieri determinare il valore delle espressioni *robe*, *introduzione*, *viandante*, adoperate nell'art. 1952 (1824).

531. La legge colla parola *robe* intende tuttociò che un viaggiatore porta per l'ordinario seco lui : tali sono le vesti , le mercanzie, che servono sia per uso proprio, sia pel commercio, come pure gli animali (1). Per tutti cotesti oggetti, che pel loro volume possono essere facilmente scoperti, non può insorgere verun dubbio : l'albergatore n' è responsabile sol perchè sono stati introdotti nel suo albergo.

Ma avviene lo stesso degli oggetti preziosi, come i gioielli, i lavori d' oro e di argento, i quali tuttochè abbiano un valore molto considerevole, non sono però visibili a cagione del loro sparuto volume? L'albergatore, perchè ne sia risponsabile, non dovrebb'essere espressamente avvertito della loro esistenza nell'albergo, a fin di prendere tutte le misure di vigilanza che crederebbe opportune?

L' antica giurisprudenza, della quale si trova un epilogo nel repertorio di Merlin, presenta a tal proposito, se pur non vuolsi contraddittorie , almeno assai controverse soluzioni. A fianco di decisioni che applicano rigorosamente il principio, talune altre se ne rinvengono che tolgono all'albergatore qualsivoglia responsabilità intorno agli oggetti preziosi (2). Nè minore diversità di pareri offrono i giureconsulti che hanno scritto sotto il Codice , e i monumenti della moderna giurisprudenza.

Secondo alcuni, l'albergatore è solo responsabile del metallo prezioso, che può considerarsi qual parte del bagaglio del viaggiatore, non però del valore degli oggetti preziosi che non gli vennero dichiarati; secondo altri, in caso di perdita degli oggetti preziosi non dichiarati , i tribunali dovrebbero condannare l'albergatore ad una indennità proporzionale al valore che costui ha dovuto attribuire ai medesimi oggetti , in considerazione del volume della valigia o della cassa in cui si trovavano e della loro natura, avuto riguardo alla condizione del viaggiatore e allo scopo del suo viaggio (3).

Noi crediamo che bisogna andare più innanzi, e che quest'ultima soluzione, benchè si avvicini più della prima alla verità giuridica, neppure risponda ai termini dell'art. 1952 (1824) presi nella loro generalità. Il significato e il valore di questo articolo sono stati chiaramente determinati dal Tribunato, le cui osservazioni mostreranno quale sia stato il pensiero del legislatore su tal quistione. L'art. 32 del progetto dell'anno VIII, divenuto art. 38 del progetto sottoposto al consiglio di Stato , dichiarava « che l'oste o l'albergatore è responsabile dei beni introdotti dal viandante, quantunque non sieno stati consegnati a lui personalmente. » Ma il Tribunato domandò la soppressione dell'articolo in questi termini : « La sezione considera come sufficiente l' art. 37 (art. 1952 (1824)) , il quale espressamente dichiara responsabili gli osti o albergatori delle robe introdotte nell'albergo dal viandante che vi alloggia. Siccome il deposito di tali robe, giusta lo stesso articolo, dee venir considerato come un deposito necessario , è sembrato assai rigoroso di sottoporre gli albergatori ed osti senza distinzione di circostanze ed eccezione di casi, alla responsabilità per tuttociò che il viandante avrà introdotto nel loro albergo, quando pur si trattasse di oggetti di picciol volume e d' ingente prezzo , e quando il viandante non ne avesse avvertito alcuno. Questo estremo rigore diver-

(1) Rennes , 26 dic. 1833 (S. V., 34 , 2 , 286 ; (Dalloz 38, 2, 198).

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Hotellerie*).

(3) Delvincourt (t. III, p. 434, nota 2); Duvergier t. XXI, n. 519); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III , p. 454, e note 9 e 10).— Parigi, 2 aprile 1811 (S. V., Coll. nov., 3, 2, 467; Dalloz, alf., t. V, p. 71); Rouen, 4 febbraro 1847 (S. V., 48 , 2, 152; Dalloz, 7, 2, 74; J. P. 1847, t. I, p.4 .504)

rebbe talvolta una grande ingiustizia; e poichè riesce impossibile che la legge preveda questi varî casi, è mestieri ch'ella si limiti a stabilire il principio generale, lasciando il resto al criterio del magistrato. E questo appunto ella ha fatto nel titolo *Dei Contratti ed obbligazioni convenzionali in genere.* L'art. 246 di questo titolo (art. 1348 (1302), dispensando dalla prova scritturale i depositi necessarî, trai quali comprende quelli fatti dal viandante che alloggia in un albergo, questo articolo, diciamo, soggiunge: *e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto.*

« Soppresso l'art. 38, l' art. 37 dello stesso progetto e l' art. 247 della legge sui contratti sembreranno informati dallo stesso spirito; ambedue lasceranno al criterio del magistrato tuttociò che non potevano regolare senza i più gravi inconvenienti (1). » Dietro queste osservazioni l'articolo 38 fu soppresso, e l'art. 1952 (1824) (art. 37 del progetto) rimase nella sua interezza.

Dalle quali cose chiaramente discende, che l'espressione *robe*, adoperata dalla legge deve prendersi nel suo più largo significato, sicchè pur comprenda il danaro e gli oggetti preziosi; da un'altra parte egli è chiaro, che il legislatore non ha voluto dispensare gli albergatori dalla responsabilità, pur nel caso in cui tal sorta di oggetti non sia stata dichiarata, ben inteso però che la responsabilità degli albergatori non è in tal caso assoluta; i giudici del merito dovranno dunque estimare ogni singola circostanza, non già nel modo ristretto in cui vorrebbero i partigiani di una opinione che abbiamo testè rammentata, ma con piena libertà di giudizio e con tutti gli elementi capaci ad influire sulla loro decisione. Quindi essi valuteranno la condizione dei viaggiatori, le abitudini dell'albergo, e si mostreranno più o meno proclivi a dichiarare la responsabilità dell'albergatore, secondo che l' albergo sarà tenuto in umile condizione o in così alta da poter ricevere viaggiatori che per la loro condizione possono portar seco gioielli o altri oggetti preziosi. Del resto, e in tutti i casi, il viaggiatore userà le accorgimento di avvertire l'albergatore, sopratutto se possiede somme superiori in valore alla sua condizione o ai suoi presunti bisogni; ma, quando pure manchi a tale avvertimento, il giudice potrà dichiarare responsabile l'albergatore, riserbandosi ad attenuare siffatta responsabilità in ragione della colpa commessa dal viandante, il quale non ha dichiarato le somme o i valori superiori a quelli che l' albergatore poteva presumere (2). Queste sono le considerazioni che sembrano aver guidato la giurisprudenza nelle numerosissime decisioni che ci offre su tal quistione (3).

532. L'*introduzione* delle robe nell' albergo è bastevole ad impegnare la responsabilità dell'albergatore, dappoichè la legge non richiede che *gli oggetti* sieno stati *affidati in custodia* a quest'ultimo. Ma cosa vuolsi intendere colla parola *introduzione* nel senso dell' art. 1952 (1824)? Quella espressione senza dubbio significa che le robe del viandante debbono essere effettivamente introdotte nell'albergo ovvero nei fabbricati che ne dipendono, come le corti, le scuderie, le rimesse, quei luoghi insomma nei quali l'albergatore può spiegare la stessa vigilanza che nella propria casa. Imperocchè, il contratto di deposito allora si forma tra le parti, e allora l'albergatore è tenuto a soddisfare le obbligazioni nascenti dal contratto, quando quest' ultimo ha avuto il destro di conoscere che i viag-

(1) Fenet (t. XIV, p. 495); Locrè (t. XV, p. 117).
(2) Troplong (n. 222); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 13, § 739, nota 4).
(3) Parigi, 21 nov. 1836, 7 maggio 1838, 26 dicembre 1838, 29 agosto 1844, 23 maggio 1863; Cass., 11 maggio 1846; Rouen, 4 febbraro 1847 (S.V., 37, 2, 78; 38, 2, 157; 46, 1, 364; 48, 2, 452; Dalloz, 37, 2, 4; 38, 2, 157; 39, 2, 32; 46, 2, 64; 46, 1, 192; 47, 2, 74; J. P., 1846, t. II, p. 56; 1848, t. I, p. 450; *Gazz. dei trib.*, 24 maggio 1863).

giatori abbiano portato degli oggetti, sicchè possa esercitare egli stesso o comandare ai suoi preposti di esercitare su quegli oggetti una efficace vigilanza. Nondimeno, vuolsi andare più innanzi; e ci sembra che Duvergier sia tratto in inganno, supponendo che bisogna conformarsi strettamente a coteste regole (1); imperocchè la necessità stessa delle cose induce ad ammettere, come a temperamento, che le vetture e le merci, tuttochè non sieno state introdotte nell' albergo, debbano pure considerarsi sotto la custodia dell'albergatore quando, a cagione del loro considerevole volume o della piccola capacità dell'albergo, sieno state collocate in luogo in cui ordinariamente sogliono lasciarsi, fosse pure nella pubblica strada. In tal caso, l'albergatore si è tacitamente impegnato a sorvegliare gli oggetti lasciati al di fuori dell'albergo; di tal che la condizione della loro *introduzione* richiesta dalla legge, dee ritenersi come adempita (2).

533. Vediamo ora quali sono le persone in favor delle quali il legislatore chiama responsabile l' albergatore. A tal riguardo il testo della legge è preciso: essa protegge specialmente il *viandante che alloggia* nell' albergo. Ciascuna di tali espressioni ha il suo valore.

La legge parla in primo luogo del *viandante*: ciò dimostra che si tratti di una persona estranea al luogo in cui è sito l'albergo nel quale essa alloggia. In generale dunque la disposizione dell'art. 1952 (1824) non riguarda le persone che dimorino in qualità di locatari in un albergo della città nella quale sieno stabiliti. Nel nostro *Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche* (n. 163), abbiamo stabilito che in simil caso l'albergatore o l'oste non goda per le somministrazioni apprestate, del privilegio stabilito sulle robe del viandante ai termini dell'art. 2102, n. 5 (1971, n. 5); e quindi per una giusta reciprocanza decidiamo qui che l'oste o l'albergatore non sia responsabile, come depositario necessario, delle robe introdotte dal locatario nel suo stabilimento. E ciò perchè tra simili locatari e l'albergatore non esistono i rapporti che nascono tra quest'ultimo e i viandanti, e perchè non si tratta di una locazione d'opere, ma di una locazione di casa. Si noti a dippiù, che nel caso in esame non troviamo quell'elemento che, nel deposito necessario, è cagione e principio della responsabilità; dappoichè, a differenza del viandante propriamente detto, che deve affidar ciecamente le robe sue all'albergatore stabilito nel paese in cui arriva, l'individuo che risiede nel luogo in cui è sito l'albergo ha tutto il tempo e tutti i mezzi necessari perchè pria di alloggiarvi s' informi delle guarentigie che offre lo stabilimento (3).

Osserviamo però che non bisogna attribuire alla espressione viandante di cui si serve il legislatore un significato molto ristretto. In una causa che di recente si presentò alla prima camera della Corte di Parigi, si è sostenuto che per viandante nel senso dell'art. 1952 (1824), debba intendersi una persona che alloggia momentaneamente e per caso in un albergo o locanda, non già di un individuo che abita per ordinario in case mobigliate, dimorandovi più o meno lungamente. La Corte di Parigi non ha adottato tal sistema, e con una decisione, alla quale noi abbiamo preso parte, ha deciso, che la durata della dimora in una casa mobigliata non possa far considerare il *viandante* come un locatario, nè valga a cambiare i rapporti di costui coll'albergatore,

(1) Duvergier (t. XXI, n. 515).

(2) Duranton (t. XVIII, n. 83); Troplong (n. 227); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 453); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 14, nota 4); Parigi, 15 settembre 1808, 14 maggio 1839; Amiens, 1° dic. 1846 (S. V., 9, 2, 20; 39, 2, 264; 47, 2, 238; Dalloz, alf., 5, 71; 39, 2, 159; 47, 2, 76; J. P., 1847, t. I, 111).

(3) *Vedi* Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 453, nota 1).— Angers, 11 luglio 1857 (Dalloz, 57, 2, 167). — *Vedi* però Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 13, nota 3).

il quale è tenuto alle stesse obbligazioni del depositario (1).

534. L'art. 1952 (1824), parlando del viandante *che alloggia* nell'albergo, vuol esprimere che la responsabilità non è stabilita in favore di quei viandanti che depositano le loro robe nell'albergo senza alloggiarvi. In generale, gli albergatori non pretendono alcuna mercede pel servigio che rendono in simili casi; epperò ben si comprende come la loro responsabilità debba essere meno rigorosa che non nel caso in cui riscuotano dal viandante un salario in ragione del vitto e della stanza che gli forniscono. Laonde se un viaggiatore abbia lasciato delle robe all'albergatore per custodirle durante un certo spazio di tempo, e dipoi l' abbia consegnate ad un terzo, in tal caso esisterà un deposito volontario che obbliga l'albergatore nei limiti assai larghi dell'articolo 1927 (1799) (2).

Però, anche qui non bisogna andare agli estremi; dappoichè sono alcuni casi in cui tuttochè il viaggiatore non alloggi nell'albergo, la responsabilità dell'albergatore resta nompertanto impegnata, a cagione delle circostanze particolari. Così hanno deciso i tribunali nel caso in cui, sendo stati lasciati nell' albergo cavalli od altri animali dal proprietario che non vi ospitò, essi vennero consegnati dall'albergatore a chi non era nè proprietario nè incaricato da costui a riceverli (3). Così pure fu giudicato nel caso in cui il viaggiatore non residente nell'albergo depositò nelle mani dell'albergatore una somma a fin di rimetterla ad un vetturale che soleva alloggiarvi (4).

In riguardo alle robe dimenticate nello stabilimento dal viaggiatore o dal bagnante, l'albergatore non è tenuto a risponderne col medesimo rigore; dappoichè in questo caso, da parte del viaggiatore o bagnante, v'ha una colpa che attenua la responsabilità del proprietario dello stabilimento (5).

V.—535. Ci resta ora a discutere un'ultimo punto, cioè, la estensione della responsabilità degli osti, albergatori ed altre persone di simil genere, o in altri termini, il limite di tale responsabilità in rapporto ai fatti, positivi o negativi, che possono produrla.

Stando alla lettera dell'art. 1952 (1824), l'albergatore sarebbe responsabile al modo stesso di un depositario necessario, ossia, sarebbe sciolto da ogni obbligazione quante volte avesse custodito le robe dei viaggiatori alla stessa guisa delle proprie. Ma tal conseguenza è inesatta; dappoichè la legge assomiglia l'albergatore al depositario necessario sol perciò che spetta alla prova (sopra, n. 522); chè, in riguardo alla responsabilità, sono diversi i principî che la governano, epperò diverse le eccezioni alle regole ordinarie. Il mestiere di albergatore è un ufficio di vigilanza, è una professione che attira la confidenza del pubblico; il contratto di deposito che si forma pel fatto della introduzione delle robe dei viaggiatori, non è affatto gratuito pel depositario; avvegnachè, sebbene la custodia di quelle robe non sia rimunerata, nondimeno, perch'ella è conseguenza del contratto principale, il quale è oneroso, partecipa perciò stesso del carattere di questo contratto, e può ben considerarsi costituire una convenzione interessata da ambe le parti. Da siffatte considerazioni cavate dalla legge 5, ff. *Nautae caup.*, Pothier conchiude, che l' albergatore debba custodire le robe del viaggiatore non solo con buona fede, come nel caso di depositi ordinari, ma ben pure con ogni accorgimento, sicch'egli debba rispondere pur della colpa lieve (6). I redattori del Codice hanno consacrato *per*

(1) Parigi, 23 maggio 1863 (*Gazz. dei trib.* del 24 maggio).

(2) Rig., 4 luglio 1814 (S. V., 21, 1, 268; Coll. nov., 4, 1, 589; Dalloz, alf., t. V, p. 72).

(3) Rennes, 26 dic. 1833 (S. V., 34, 2, 286; Dalloz, 38, 2, 198).

(4) Parigi, 6 aprile 1829 (S. V., 29, 2, 154; Coll. nov., 9, 2, 244· Dalloz, 29, 2, 183).

(5) Ric., 10 gennaro 1832 (S. V., 32, 1, 91; Dalloz 32, 1, 67).

(6) *Vedi* Pothier (n. 77).

fermo cotal dottrina, come ben si rileva dall'art. 1953 (1825), e sopratutto dall'articolo 1954 (1826).

536. L'art. 1953 (1825) prevede il caso di furto o di danno arrecato alle robe del viandante, e dichiara responsabile l' albergatore sia che il furto o il danno sia stato arrecato dai domestici e preposti dell'albergo, sia che commesso dagli estranei che vanno e vengono in esso.

La disposizione della legge non può dar luogo a dubbio di sorta nella prima ipotesi, dappoichè costituisce un'applicazione pura e semplice dei principî del diritto comune(art. 1384(1338)): l'albergatore deve rispondere del fatto dei suoi preposti, sulla moralità dei quali avrà dovuto scrupolosamente informarsi pria di riceverli ai suoi servigi, e se sospetti, invigilarli. Che se i viaggiatori, nella necessità in cui si trovano di affidare le loro robe agl' impiegati dell'albergo, non potessero nel caso di sottrazione, di perdita o danno, reclamare contro gli albergatori sol perchè costoro vengano dimostrando che la perdita, il danno od il furto fu commesso dai loro preposti, la fiducia che il pubblico ordinariamente ripone negli alberghi verrebbe meno. Quindi è che noi ritenghiamo, come conforme ai principî giuridici, quella giurisprudenza la quale ha deciso, che quando il furto o il danno è stato commesso da un domestico nello esercizio degli atti a cui è destinato, l' albergatore non sia sciolto dalla responsabilità, quando pure dimostri non aver potuto impedire il fatto del suo domestico (1).

537. Nell'altra ipotesi, cioè in quella in cui il furto o il danno è stato commesso da estranei che vanno e vengono nell' albergo, la disposizione dell'art. 1953 (1825), che chiama pur responsabile l' albergatore, ha un carattere di maggiore severità, siccome quella che non si applica solo, come ha creduto Malleville sull'art. 1954 (1826), al fatto di viaggiatori o di altre persone ricevute nell' albergo, ma pure a quello di estranei che vi si fossero furtivamente introdotti. Però quella disposizione è conforme a giustizia; imperocchè l'albergatore deve e per se medesimo e pei viaggiatori, che sono stati in qualche modo costretti ad affidarsi a lui, esercitare la più rigorosa vigilanza su chiunque s'introduca, vada e venga nell'albergo. Egli è vero che la vastità del commercio renderà talvolta assai difficile tal vigilanza; ma l' interesse del viandante non può esser sicuro se non colla esistenza di guarentigie numerose; onde ben a ragione la legge ha cercato di provvedervi con eccessive sanzioni.

538. La responsabilità dell' albergatore è impegnata sol perchè le robe del viandante sono danneggiate o perdute, sia qualsivoglia il carattere del fatto dannoso, perdita, furto, distruzione o guasto prodotto da incendio.

Però, innanzi tutto è mestieri si accerti che il fatto di cui si duole il viandante sia avvenuto nell'albergo nel quale costui ha dimorato. La Corte di Parigi (2) ha negato ogni responsabilità nell'albergatore in una specie in cui costava che gli oggetti perduti o rubati erano stati portati fuori dell' albergo dallo stesso viaggiatore. Questa decisione è assai giusta. In generale potrebbe giudicarsi, secondo quello che poco sopra abbiam detto (n. 532), che l'albergatore risponda del furto commesso non solo nell'albergo o nelle sue dipendenze, ma pure nella pubblica via quando, per difetto di capacità, il viandante è obbligato di lasciare le sue robe fuori dell'albergo; dappoichè in tal caso il furto fa supporre da parte dell'albergatore un difetto di vigilanza sui luoghi naturalmente affidati alla sua custodia. Ma avviene altrimenti quando, come nella specie giudicata dalla Corte

(1) Cass. 11 maggio 1846; Amiens, 4 dic. 1846 (S. V., 46, 1, 364; 47, 2, 237; Dalloz, 46, 1, 192; J. P., 1846, t. II, p. 56; 1847, t. II, p. 254).

(2) Parigi 30 aprile 1850 (Dalloz, 50, 2, 170; J. P., 1850, t. I, p. 449).

di Parigi, il viaggiatore ha portato le robe sue fuori dell' albergo. In questa ipotesi, qualsivoglia vigilanza da canto del locandiere è impossibile, e costui dev' essere sciolto da ogni responsabilità, appunto perchè il fatto della perdita e del furto di cui si duole il viandante non è incompatibile coll'idea che gli oggetti potrebbero essere stati perduti dal viaggiatore medesimo o a lui involati fuori dell'albergo.

Ma tranne questo caso, l' albergatore è sempre responsabile, qualunque sia la cagione della perdita subìta dal viandante: la presunzione è che il fatto sia avvenuto per colpa del locandiere; il viaggiatore non è tenuto a provare che la esistenza e il valore delle sue robe col mezzo di sopra indicato (n. 524): tocca poi al locandiere distruggere la presunzione che milita a suo danno (1).

539. Come, con quali condizioni e in quali casi potrà distruggere quella presunzione ed affrancarsi dalla responsabilità? Il legislatore lo accenna, disponendo nell'art. 1954 (1826) che gli albergatori non sono responsabili dei furti commessi con forza armata o con altra forza irresistibile. Notiamo i termini di questo articolo: il legislatore non teme asserire che l' albergatore non sia responsabile del caso fortuito o della forza irresistibile, come ha asserito in riguardo al debitore ordinario negli art. 1148 e 1302 (1102 e 1256). Il caso fortuito e la forza irresistibile, quasi sempre confusi quando si parla della estinzione di una obbligazione di un oggetto determinato, sono in questo luogo implicitamente distinti, il che mostra la differenza che corre, relativamente alla vigilanza e alla responsabilità, tra il deposito che si fa negli alberghi e gli altri depositi, ordinarî e necessarî. Invano l'albergatore proverebbe la inesistenza della colpa da parte sua: la sua responsabilità non vien meno se non è dimostrato che la perdita o il furto è avvenuto per forza irresistibile cui non ha potuto nè impedire nè prevedere.

540. L'art. 1954 (1826) indica come esempio di forza irresistibile il furto con forza armata. In tal caso, l'albergatore ha dovuto cedere alla violenza, nè può dirsi ch'egli abbia mancato di preveggenza o di vigilanza.

Ma potrebbe agguagliarsi a questo caso di forza irresistibile il furto commesso di notte per iscalata e rottura? Nella nostra antica giurisprudenza troviamo una decisione del Parlamento di Tolosa, dei 27 febbraro 1584, che applica la responsabilità nel caso in cui parecchi ladri aveano rubato talune merci depositate in una scuderia chiusa con chiave, col mezzo di un buco fatto nel muro (2). Questa decisione, comunemente approvata, sembra pure accolta sotto il Codice (3). A noi però sembra molto rigorosa; perchè richiedere l'impossibile dai locandieri? è forse giusto chiamarli responsabili dei fatti di destrezza e d'audacia che vincono qualsivoglia vigilanza, mentre poi costa che essi abbiano adoperato tutti gli accorgimenti di un buon padre di famiglia? Noi ammettiamo ch'essi debbano far vigilare il loro albergo di giorno e di notte; ma non per questo convien sostenere che sieno responsabili in ogni caso di fatti superiori agli accorgimenti adottati. Ond'è che, a nostro avviso, si cade in eccesso, ponendo a principio che la rottura e la scalata, sopratutto in tempo di notte, non costituiscano casi di forza irresistibile capaci a distruggere la responsabilità dell'albergatore.

Però non riguardiamo come un caso di forza irresistibile il furto commesso con false chiavi a danno di un viaggiatore; avvegnachè questo sia un fatto che può agevolmente prevenirsi col munire le porte con forti catenacci.

541. Oltre alla ipotesi contemplata nel-

(1) Parigi, 17 gennaro 1830 (S. V., 30, 2, 267; Dalloz, 31, 2, 122; J. P., 1830, t. II, p. 46).
(2) Maynard (lib. LXXXIII, n. 8).
(3) Troplong (n. 235); Zachariae, Aubry e Rau (t. III, p. 434).—Ric., 2 termidoro anno 8 (S.V., Coll. nov., 1, 1, 345); Parigi, 3 maggio 1831 (S.V., 33, 2, 186).

l'art. 1954 (1826), vi hanno altri casi in cui la responsabilità del locandiere vien meno in parte od anche del tutto: ciò avviene quando il viandante abbia pur commesso negligenze da canto suo. Egli è vero che nè l'art. 1954 (1826), nè verun altro articolo fanno menzione di tal motivo di scusa in favore del locandiere, ma esso discende tanto naturalmente dai principî che gli scrittori sì antichi che moderni, non hanno mai dubitato ad ammetterlo. Pur la giurisprudenza ne ha dato frequenti applicazioni nel diritto antico come col nuovo.

Difatti, si cita una decisione del Parlamento di Parigi, dei 27 agosto 1677, dalla quale risulta che l'albergatore non è responsabile, quando abbia avvertito il viandante di non lasciare il danaro nella sua stanza di cui sia malconcia la porta (1).

La moderna giurisprudenza abbonda di *simili* decisioni. Essa ha deciso nel caso in cui il viandante negligente non abbia chiuso le sue robe nei mobili a ciò destinati; in quello in cui il viaggiatore abbia lasciato la chiave appesa alla porta della sua stanza o del suo armadio: in quello in cui, invece di conservare il danaro in una cassetta destinata a tal uso dal locandiere, il viaggiatore l'abbia posto in un telajo di una porta di cui la chiave sia stata posta da lui in un cassone non chiuso; in quello pure di un furto commesso a danno del viandante dal suo stesso domestico, speciale circostanza, perocchè la responsabilità del padrone cancellava in certa guisa quella dell'albergatore (2).

In queste varie ipotesi, i tribunali, valutando scrupolosamente le circostanze di fatto, hanno investigato da una parte quanto fosse il difetto di accorgimento e la negligenza del viaggiatore; dall'altra, qual fosse il grado di colpa del locandiere; dipoi, con savio consiglio, ora hanno sciolto l'albergatore da qualsivoglia responsabilità, ora l'hanno dichiarato responsabile in parte, secondo che il fatto di cui il viaggiatore dolevasi è sembrato del tutto imputabile a quest'ultimo, o imputabile in parte al locandiere. Coteste decisioni, perchè conformi allo spirito del diritto e alla equità, meritano di esser seguite in tutti i casi analoghi che possono offrirsi.

542. Ma v'ha dippiù: il principio della responsabilità parimente vien meno se l'albergatore avrà dichiarato non volere o non potere sobbarcarsi ai rischi, e se il viandante avrà accettato siffatta dichiarazione. Difatti, nei giorni festivi o di fiera il concorso dei forestieri è così grande da rendere assai difficile e quasi impossibile la vigilanza; epperò se l'albergatore ne previene i viandanti, e questi, sebbene avvertiti, alloggino nel suo albergo, egli è sciolto da ogni responsabilità.

Ben si vede che noi supponiamo che il viandante potrebbe scegliere di alloggiare nello stabilimento appartenente al locandiere che gli fa tal dichiarazione, o in altri alberghi ch'esistano nello stesso paese; imperocchè non crediamo che l'albergatore possa imporre la condizione di che si tratta se il suo stabilimento fosse così isolato e lontano da ogni altra casa da riuscire impossibile al viandante di scegliere un altro albergo. In simil caso potrebbe sospettarsi che il locandiere vagheggi il pensiero di rubare il viandante o di lasciarlo in balìa di ladri dei quali potrebb'esser complice (3).

543. Rimane un ultimo esame, cioè, se l'albergatore, onde scemare la propria responsabilità, possa allegare la esistenza di un avviso affisso in tutte le stanze, in tutti i luoghi visibili dell'albergo, con cui vengono indicate tutte le misure di precauzione che i viaggiatori sono tenuti a prendere. La stessa quistione si offre a propo-

(1) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Hotellerie*).

(2) Parigi, 2 aprile 1811, 21 nov. 1836, 23 maggio 1863; Douai, 19 agosto 1842; Rouen, 4 febbraro 1847; Augers, 15 luglio 1837 (S. V., 14, 2, 100; 37, 2, 78; 42, 2, 421; 48, 2, 452; Dalloz, alf., t. V, p. 71; 37. 2, 4; 43, 2, 51; 47, 2, 74; 57. 2, 167; J. P., 1847, t. I, p. 450; *Gazzetta dei trib.*, 24 maggio 1863). — *Vedi* pure Troplong (n. 237); Aubry e Rau (t. III, p. 455, nota 12).

(3) *Vedi* Troplong (n. 240).

sito dei bagni pubblici, nei quali ordinariamente si trovano avvertimenti di simil genere. È questo senza dubbio un savio provvedimento da parte del proprietario dello stabilimento; ma può avvenire che siffatti avvisi sfuggano a taluni viaggiatori o bagnanti, sopratutto a quelli che non conoscono la lingua nella quale sono redatti. Tocca dunque al giudice risolvere una quistione di fatto: senza dubbio, l'albergatore dovrebbe sempre rispondere degli oggetti che costituiscono il bagaglio ordinario di ogni viaggiatore, e che debbono restare con lui nella sua stanza; ma per ciò che risguarda gli oggetti preziosi, il viandante può trovarsi colpevole per non aver seguito il consiglio datogli; di tal che il magistrato potrà, a seconda le circostanze, respingere la sua azione (1).

CAPITOLO III.

DEL SEQUESTRO.

SEZIONE PRIMA.

DELLE DIVERSE SPECIE DI SEQUESTRO.

1955 (1827). — Il sequestro è o *convenzionale*, o *giudiziario*.

SOMMARIO.

I. 544. Definizione del sequestro in genere. — 545. Sua utilità. — 546. La parola sequestro *ha doppio significato.*

I. — **544.** Il sequestro può definirsi in modo generico: il deposito di una cosa controversa, mobile o immobile, fatta da due o più persone presso un terzo il quale si obbliga a custodirla e restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere.

Il sequestro è una specie di deposito, e come tale è in genere sottoposto, come vedremo, a tutte le regole di quel contratto. Con ciò si spiega il laconismo della legge, la quale, rimettendosi alle regole sul deposito, si è contentata d' indicare i caratteri essenziali del sequestro, pei quali questo contratto si distingue dal deposito propriamente detto.

(1) *Vedi* Troplong (n. 241); Zachariae, Aubry e Rau (t. III, p. 455). — *Vedi* pure le decisioni già citate delle Corti di Parigi, 21 nov. 1836; Douai, 19 agosto 1842; Rouen, 4 febbraro 1847.

545. Il sequestro, avendo per obbietto una cosa controversa, presenta a tal rispetto una speciale utilità, perocchè serve a conservare i diritti delle parti interessate nel litigio. Difatti, allorchè due persone si disputano la proprietà ovvero il possesso di una cosa, potrebbe temersi che, nel corso del giudizio, la persona che possiede l'oggetto non procedesse ad atti pregiudizievoli all'altra, sia deteriorando la cosa, sia pure alienandola, se mai si tratti di un mobile; in tal caso il giudice può levargliene il possesso per affidarlo ad un terzo: è questo il sequestro giudiziario. — Può egualmente avvenire che quella tra le parti che possiede la cosa si trovi onerata da tal possesso, perchè ad esempio sia costretta a subire talune spese di custodia e di conservazione per un oggetto che forse non le sarà aggiudicato; di guisa che conviene col suo avversario di depositarlo presso un terzo: è questo il sequestro convenzionale.

546. L'espressione *sequestro* indica non solo il contratto, ma ben pure la persona presso cui la cosa è depositata. Al dire di Modestino (l. 110, ff. *De Verb. signif.*), questo vocabolo ripeterebbe la sua origine etimologica da che il sequestro segue in certo modo coloro che sono in lite: *Dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur*. Ma questa origine non offre nulla di certo.

Del resto, vuolsi notare che il legislatore ha scansato in questo capitolo di adoprare il vocabolo nella doppia accezione, e di confondere, sotto unica denominazione, l'atto e la persona; l'espressione sequestro in questo titolo indica sempre il contratto. Sol negli articoli che trattano del sequestro in modo incidentale, il vocabolo è adoperato per indicare la persona (Cod. Nap., art. 2060, 4° (1934, 4°); Cod. proced. civ. art. 681) *.

SEZIONE II.

DEL SEQUESTRO CONVENZIONALE.

1956 (1828). — Il *sequestro convenzionale* è il deposito di una cosa controversa, fatto da una o da più persone presso un terzo il quale si obbliga a restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere.

1957 (1829). — Il sequestro può non esser gratuito.

1958 1830. — Quando è gratuito, è sottoposto alle regole del deposito propriamente detto; salve le differenze appresso indicate.

1959 (1831). — Il sequestro può aver per oggetto non solamente i beni mobili, ma ancora gl'immobili.

1960 (1832). — Il depositario incaricato del sequestro non può esser liberato prima che sia terminata la controversia, se non mediante il consenso di tutte le parti interessate, o per una causa giudicata legittima.

* Le nostri leggi adoprano la parola *sequestratario* per indicare colui presso di cui si è depositata la cosa (art. 648, 649, 653 e seg. Cod. proc. civile).

SOMMARIO.

I. — 547. Secondo la definizione dell' art. 1956 (1828), il sequestro convenzionale è il deposito fatto da *una* o da più persone, di una *cosa controversa* presso un terzo il quale si obbliga a restituirla, terminata la controversia, a colui al quale sarà dichiarato che debba appartenere.

Stando ai termini della definizione, potrebbe credersi che il sequestro possa esser fatto da una sola persona. Ma questo sarebbe gravissimo errore. V'ha nell'espressione della legge una inesattezza o negligenza evidente ; dappoichè una cosa non potrebb'essere *controversa* se non nel caso in cui più persone se ne disputino la proprietà o il possesso (1). Ciò è così chiaro che mal possiamo comprendere gli sforzi fatti da taluni scrittori per giustificare la espressione della legge. Da una parte, Duvergier dice che l'art. 1956 (1828) definisce il sequestro convenzionale un deposito fatto da *una* o più persone, forse per indicare che v'ha sequestro anche quando la cosa controversa, posseduta da una delle parti, sia da questa depositata, al modo stesso che v'ha sequestro quando la cosa posseduta in comune dai contendenti, è da costoro depositata per comune consenso, sino al termine della controversia (2). Da un'altra parte, Dalloz cerca spiegare l' espressioni della legge supponendo il caso assai raro in cui una delle parti, desiderando rinunziare alla gestione della cosa controversa, e ignorando, per esempio, il domicilio degli eredi del suo avversario defunto od assente, la depositi presso un terzo che l'amministri a titolo di sequestro (3). Ambedue le interpretazioni sono per fermo inammessibili, sopratutto la seconda, nella quale il fatto supposto, anzichè un sequestro, costituisce un deposito propriamente detto di una cosa controversa, sicchè in tal caso alla parte che l' abbia fatto sarà permesso di chiedere in ogni tempo la restituzione della cosa, il che mai non avviene nel sequestro, come da qui a poco vedremo (*infra*, nn. 554 e seg.). Il vero è che la redazione dell' art. 1956 (1828) è viziosa, e che bisogna emendarla con dire, che a costituire il sequestro convenzionale è mestieri il concorso di due o più persone.

548. Nè ciò solo è bastevole ; ma bi-

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 433, nota 9) ; Duranton (t. XVIII, n. 85); Troplong (n. 249); Massé e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 15, nota 2).

(2) Duvergier (t. XXI, n. 527).

(3) Dalloz (*Giurispr. gener.*, alla parola Deposito, n. 295).

sogna a dippiù che trai deponenti vi sia opposizione d'interessi, controversia intorno alla proprietà o al possesso della cosa depositata. Ciascun di loro pretende avere esclusivo diritto sull' oggetto, quindi ciascuno eseguisce *in solidum* il deposito presso un terzo, il quale, terminata la controversia, restituirà l' oggetto depositato a colui al quale sarà dichiarato appartenere.

Però, quest'ultima condizione non suppone necessariamente il fatto di una istanza introdotta davanti un tribunale; dappoichè, pur nel caso in cui la controversia insorta tra le parti fosse sottoposta al giudizio di arbitri, essa potrebbe dar luogo al sequestro convenzionale. Che anzi, il deposito che due persone fanno presso un terzo del premio di una scommessa tra di loro impegnata, costituisce, almeno nel caso in cui la scommessa sia permessa dalla legge, un vero sequestro convenzionale, dappoichè la proprietà del premio è incerta, e il depositario, per liberarsi, deve osservare il disposto dall'art. 1960 (1832) (1).

549. Poichè il sequestro si reputa fatto *in solidum* da ciascuna delle parti in lite, segue che quella cui sarà dichiarato appartenere la cosa potrà essere perseguita *in solidum* dal depositario pel pagamento del suo salario e pel rimborso delle spese. Ma costui avrà l'azione per l'intiero contro l'altra parte? Taluni scrittori gliela negano, allegando che il deposito è fatto sotto la condizione che l'oggetto sarà restituito al vincitore, il quale solo avrà avuto interesse al deposito (2). Noi preferiamo il contrario avviso, ch'è quello di Pothier: il depositario è stato fedele alle due parti, ed è assai giusto ch' egli abbia pure un' azione contro la parte succombente, la quale al postutto deve subire le spese, per avere ingiustamente oppugnato il diritto del suo avversario. Alla medesima conseguenza si verrebbe, secondo l'osservazione di Aubry e Rau, argomentando per analogia dell'art. 2002 (1874) (3). Del resto ben si comprende che il depositario può esercitare il diritto di ritenzione nei limiti dell' articolo 1948 (1820).

II. — 550. Ai termini dell' art. 1957 (1829) il sequestro può non essere gratuito; epperò mal potremmo adottare l' opinione di taluni scrittori, i quali avvisano che il sequestro degeneri in un contratto di locazione quante volte vi sia stipulata una mercede (4). Noi crediamo, come abbiamo asserito in occasione del deposito (sopra, nn. 376 e seg.), che convien prendere la legge nel suo letterale significato, e riconoscere che la stipulazione di una mercede non toglie al sequestro il carattere che gli è proprio, avvegnachè la legge gli conservi il titolo di *sequestro* pur quando non è gratuito. Laonde avvisiamo che la sola differenza che corra tra il sequestro gratuito e il retribuito sia relativa alla responsabilità, la quale sarà più grave nel secondo caso, per applicazione dell'articolo 1928, 2° (1800, 2°) (5).

551. « Quando il sequestro è gratuito, dice l'art. 1958 (1830), è sottoposto alle regole del deposito propriamente detto., salve le differenze appresso indicate. » Ciò non vuol dire che al sequestro *retribuito* sieno applicabili altre regole: noi l'abbiam detto, la sola differenza consiste nella responsabilità del depositario. Per tutt'altro, e quindi in riguardo alla prova, alla capacità delle parti, alla restituzione, se ne togli la modificazione stabilita nell'art. 1960 (1832), le regole sono qui le medesime da noi esposte quando trattammo del deposito; di guisa che non ci resta che a determinare i punti di differenza.

(1) Delvincourt (t. III, p. 436, nota 1).—*Contra* Troplong (n. 258).

(2) Delvincourt (t. III, p. 433, nota 9); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 16, nota 3).

(3) Pothier (n. 89); Aubry e Rau (t. III, p. 456, nota 3).

(4) Pothier (n. 90); Duvergier (t. XXI, n. 529); Troplong (n. 261); Zachariae, Aubry e Rau (t. III, p. 453).

(5) Delvincourt (t. III, p. 436, nota 3); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 13, nota 1). — Lione, 26 gennaro 1825 (S. V., 25, 2, 121; Coll. nov., 8, 2, 13; Dalloz, 25, 2, 123).

552. Innanzi tutto accenniamo una pretesa differenza indicata da taluni scrittori sull'autorità delle leggi romane (l. 17, § 1, ff. *Depos.*; l. 39, ff. *De adq. vel amitt. poss.*), la quale consiste in ciò : che nel sequestro il possesso della cosa passa al depositario, mentre nel deposito propriamente detto il depositario ha una semplice ritenzione (1). Questa differenza non esiste *in principio* nella nostra legislazione; essa ha potuto ragionevolmente esistere nel diritto romano, in cui l'usucapione non essendo interrotta dalla domanda in giudizio (*litis contestatio*), seguiva il suo corso in favore della parte che possedeva nel tempo del giudizio; di guisa che l'attore aveva un vero interesse, per esempio in un'azione di rivendica, a fermare il corso della usucapione, il che otteneva mercè il trasferimento del possesso nella persona presso cui si faceva il sequestro. Ma lo stesso motivo non esiste per fermo nella nostra legislazione, dappoichè la citazione giudiziale basta oggidì ad interrompere la prescrizione (art. 2244 (2150)); di guisa che tutto ciò che può dirsi è che il possesso può passare e passa difatti nel sequestratario allorchè *si convenga* che nessuna delle parti in lite possederà o prescriverà (2); mentre in massima e in difetto di qualsivoglia convenzione, il sequestratario, al modo stesso del depositario propriamente detto, ritiene semplicemente la cosa.

III. — 553. Ragioniamo ora delle vere differenze, di quelle stabilite dalla legge, le quali sono due.

La prima è indicata nell'art. 1959 (1831). Abbiam veduto in occasione dell'art. 1918 (1790) che il deposito propriamente detto non possa costituirsi che di cose mobili, e che la consegna di cose immobiliari per custodirle costituisca piuttosto un mandato (sopra, nn. 380 e seg.). All'incontro, giusta l'art. 1959 (1831), gl'immobili possono venir sequestrati al modo stesso dei mobili. Cujacio avea negato siffatto principio, imperocchè, a suo intendimento, avrebbe dovuto dirsi, per interpretazione delle leggi romane, che quando sieno affidate cose immobili ad un sequestratario, gli oggetti custoditi non sieno già gl'immobili, ma i frutti (3). Tale interpretazione non è stata seguita nè il doveva (4). Egli è vero che un immobile si sottopone a sequestro, sopratutto perchè il depositario ne percepisca i frutti; ma gli è pur vero che quest'ultimo è inoltre incaricato di fare all' immobile ogni necessaria riparazione; di tal che, sotto questo rapporto, i doveri e gli uffici del depositario di un immobile sequestrato somigliano a quelli di un amministratore o di un curatore ai beni; dal che si scorge quanto sia inammessibile l' argomento di Cujacio.

Laonde, da questo profilo, il sequestro differisce dal deposito propriamente detto, dacchè, quando ha per oggetto un immobile, conferisce al sequestratario, per necessità di cose, più estesi poteri di quelli che si abbia il semplice depositario di un oggetto mobile : il sequestratario può vendere i frutti sottoposti a deterioramento, talvolta rinnovare gli affitti; sicchè, diremo con Troplong, esser prudente consiglio stabilire nell' atto di sequestro le funzioni e i poteri del depositario (5).

554. La seconda differenza che corre tra il deposito e il sequestro è stabilita nell' art. 1960 (1832), e si manifesta sotto duplice aspetto. Nel deposito propriamente detto, quando i deponenti son molti, ciascuno è libero di ripetere separatamente la sua porzione della cosa depositata, ove questa sia materialmente divisibile; a dippiù, quando non fu stabilito alcun termine alla restituzione, il depositario può restituire le cose senza che sia tenuto ad allegare una ragione legittima (sopra, nn.

(1) *Vedi* segnatamente Delvincourt (t. III, p. 436, nota 2).

(2) Pothier (n. 86); Troplong (n. 253).

(3) Cujacio, sulla l. 6 *Depositi*, lib. II Pauli ad edictum.

(4) Pothier (n. 87).

(5) Troplong (n. 269).

483, 494). Nel sequestro avviene altrimenti ; da una parte, nessuno dei deponenti può chiedere la restituzione della parte che gli spetta, avvegnachè il sequestro non è un deposito fatto da più persone, ma ciascuna di esse, noi l'abbiam detto, è deponente per l'intero; epperò, onde togliere il sequestro, è necessario il concorso di tutti, quando la controversia non sia terminata. Da un'altra parte, pur quando nell'atto non siavi un termine stabilito, il sequestratario non può restituir pria del tempo, se non se per grave cagione e giudicata legittima; dappoich'egli si è tacitamente impegnato a custodire il deposito fino al termine della controversia. Ritorniamo sopra l'uno e l'altro punto.

555. E dapprima, nel corso del giudizio, il depositario non può essere liberato se non mediante il consenso *di tutte le parti interessate*; queste sono l'espressioni dell'art. 1960 (1832), nelle quali egli è chiaro che si comprendono tutti coloro che in origine sono state parti, sia come attore o come convenuto, nella controversia insorta intorno alla cosa sequestrata.

Ma può avvenire che nel corso del procedimento un terzo intervenga nella lite, in conformità degli art. 339 a 341 (433 a 435) del Codice di procedura civile ; in tal caso, il depositario che vuol liberarsi deve ottenere il consenso pur dal terzo interveniente, benchè costui non abbia preso parte all'atto di deposito ? La quistione fu mossa da Regnauld nel consiglio di Stato. Dalla lettura della discussione seguitane, riesce difficile scorgere l'opinione del consiglio di Stato. Cambacérès, che presiedeva alla tornata, parlò più volte, ma con espressioni assai poco esatte, perch'ei sembrava confondere il sequestro giudiziario col convenzionale. Tronchet e Portalis sostennero che il depositario fosse solo obbligato verso coloro che aveanlo costituito e non verso i terzi, meno che costoro non si facessero conoscere. Ma come dovrebbero farsi conoscere ? forse col mezzo di una legale opposizione ? ovvero il depositario sarebbe obbligato verso di loro sol perchè abbia acquistato una conoscenza qualunque della loro esistenza e delle loro pretensioni ? Tutto ciò è rimasto oscuro del tutto nella discussione. Che che ne sia, la esposizione dei motivi ha chiarito il problema. Réal ha espressamente dichiarato che l'art. 1960 (1832) non si limiti alle sole persone che costituirono il sequestro, ma che si estenda a tutte quelle, che intervenendo nella lite, abbiano manifestato tali pretensioni per le quali sia necessario il loro concorso allorchè si avveri la restituzione dell' oggetto sequestrato (1). Però questa soluzione è molto rigorosa; e noi pensiamo colla comune degli scrittori, che il depositario il quale abbia per giuste ragioni ignorato la esistenza del terzo interveniente non dovrebbe essere dichiarato responsabile, in forza dei principî generali degli art. 1382 e 1383 (1336 e 1337) : il terzo è colpevole per non aversi fatto conoscere; egli solo dee subire le conseguenze della sua negligenza (2).

556. Inoltre pur quando non siavi un termine stabilito, la persona incaricata del sequestro non può restituire la cosa prima del termine della controversia che ha dato luogo al sequestro. Però a questo punto v'ha una eccezione consacrata nella disposizione finale dell'art. 1960 (1832) : la persona incaricata della custodia del deposito a titolo di sequestro può essere liberata pria che sia terminata la lite *per una causa giudicata legittima* : il giudice è tenuto a pronunziare nel caso di controversia sulla legittimità della causa; e se questa sarà riconosciuta per valida, egli dovrà nominare un altro depositario.

557. All'incontro, quando la controversia è terminata, il depositario ha il diritto e il dovere di restituire l'oggetto sequestrato a

(1) Fenet (t. XIV, p. 487 e 508); Locré (t. XV, p. 109, 127).

(2) Duvergier (t. XXI. n. 532); Troplong (n. 274); Zachariae, Aubry e Rau (t. III, p. 455, nota 2) ; Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 16, nota 2).

colei tra le parti ch'è rimasta vincitrice, e sol ad essa, senza che sia necessario chiamare gli altri interessati. Però, egli dee fare la restituzione quando sia certo che il diritto del vincitore non possa venire ancora una volta impugnato; anzi, per sua maggiore guarentigia, potrà obbligare il deponente a dimostrare che la decisione omai non sia più suscettiva di ricorso, su di che invocherà a buon diritto l'art. 548 (638) del Codice di proc. civ. Nè basta poi che la sentenza sia provvisionalmente esecutiva, dappoichè la esecuzione provvisionale non produce i suoi effetti che tra le parti, nè può venire invocata contro i terzi estranei al giudicato (1).

SEZIONE III.

DEL SEQUESTRO O SIA DEPOSITO GIUDIZIARIO.

1961 (1833).—Il giudice può ordinare il sequestro

1° de' mobili presi ad un debitore;

2° di un immobile o di una cosa mobile, la di cui proprietà, o il cui possesso sia conteso fra due o più persone;

3° delle cose che un debitore offre per la sua liberazione.

1962 (1834). — La destinazione di un depositario giudiziale produce fra 'l sequestrante ed il depositario stesso vicendevoli obbligazioni.

Il depositario dee usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia.

Debbe esibirle, sia per soddisfare il sequestrante colla vendita, sia per restituirle alla parte contra cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di rivocazione del sequestro.

L'obbligo del sequestrante consiste nel pagare al depositario il salario stabilito dalla legge.

1963 (1835). — Il sequestro giudiziario viene affidato o ad una persona su cui le parti interessate sieno fra loro convenute, o ad una persona nominata *ex officio* dal giudice.

Nell'uno e nell' altro caso quegli a cui venne affidata la cosa, è sottoposto a tutti gli obblighi che produce il sequestro convenzionale.

SOMMARIO.

I. 558. Distinzione tra il sequestro giudiziario e il deposito giudiziario.

II. 559. Del sequestro giudiziario: esso suppone una controversia (art. 1961, 2°, e 1963 (1833, 2°, e 1835)); casi in cui ha luogo. — 560. L'art. 1961, 2° (1833, 2°) è limitativo? Controversia. — 561. Casi eccezionali di sequestro senza litigio.— 562. Modo di nomina del depositario. — 563. Obbligazioni del depositario e del deponente.

III. 564. Del deposito giudiziario: il primo numero dell' art. 1961, 1° (1833, 1°) dev' essere completato mercè gli art. 596, 597 e 598 (686, 687 e 688) del Codice di procedura civile. — 565, 566. Continuazione. — 667. Obbligazioni del depositario e di colui o di coloro che l'hanno costituito. — 568, 569. Continuazione. — 570. Ultimo caso di deposito giudiziario: il debitore, per liberarsi, offre altri oggetti fuorchè danaro (articolo 1961, 3°, (1833, 3°);

(1) Troplong (n. 260); Zachariae, Massè e Vergè (t. V, p. 16, nota 3). — *Vedi* pure Ric., 25 maggio 1841 (S. V., 41, 1, 497; Dalloz, 41, 1, 229).

I. 558. La rubrica della sezione III, intitolata *Del Sequestro o sia deposito giudiziario*, sembra, colla sua redazione, indicare che non siavi differenza tra il sequestro e il deposito giudiziario, e lo stesso art. 1961 (1833) comprende tutti i casi in unica e identica disposizione. Però, tra queste due specie di deposito corre una differenza scorta da Pothier colla sua ordinaria esattezza (1). Ciò che distingue il sequestro dal deposito è, come abbiam detto in principio di questo capitolo (nn. 544 e 545), il carattere litigioso dell'oggetto affidato alla custodia di un terzo. Or, se questo carattere ben si ravvisa in uno dei tre casi enumerati nell'art. 1961 (1833), cioè nel secondo, esso però non rinviensi nel primo e nel terzo, dappoichè, quando la giustizia ordina il deposito presso un terzo sia dei mobili presi ad un debitore (art. 1961, 1° (1833, 1°)), sia delle cose che un debitore offre per la sua liberazione (art. 1961, 3° (1833, 3°)), mal può asserirsi che i mobili presi o le cose offerte abbiano un carattere litigioso. Laonde male a proposito l'art. 1961 (1833) comprende i tre casi sotto la comune denominazione di *sequestro*. Il vero è che, mentre il n. 2 presenta un caso di *sequestro giudiziario* perchè ivi è supposto che siavi controversia sull'immobile o sulla cosa mobile di cui il giudice è autorizzato ad ordinare il deposito presso un terzo, i nn. 1 e 3 danno l'idea di un semplice *deposito giudiziario*, perchè in essi il giudice è autorizzato ad affidare ad un terzo la custodia di una cosa, senza che siavi controversia intorno alla proprietà o al possesso della medesima. Del resto, non ostante la confusione apparente dell'art. 1961 (1833), i redattori del Codice non hanno assolutamente sconosciuto la differenza, dappoichè la consacrarono implicitamente negli art. 1962 e 1963 (1834 e 1835), dei quali il primo si riferisce esclusivamente al deposito giudiziario, mentre il sequestro giudiziario forma l'unico oggetto del secondo.

Non è dubbio che tra le due specie di deposito esistano talune somiglianze evidenti, come a dire, il deposito della cosa ordinato in ambo i casi dal giudice, non che le obbligazioni delle parti che sono spesso identiche nell'un caso e nell'altro. Ma poichè le differenze non mancano, bisogna pure che dei due depositi si parli distintamente. Quindi è che noi ragioneremo innanzi tutto del sequestro giudiziario, al quale si riferiscono l'art. 1961, 2°, e l'art. 1963 (1833, 2°, e 1835), riserbandoci a trattare dipoi del deposito giudiziario, al quale si riferiscono l'art. 1961, nn. 1 e 3, e l'art. 1962 (1833, nn. 1 e 3, e 1834).

II. 559. Il sequestro giudiziario ha luogo quando la proprietà o il possesso di un immobile o di una cosa mobile è controversa tra due o più persone: è tale il testo dell'art. 1961, n. 2 (1833, 2°), Questa disposizione trae origine dal nostro antico diritto francese, durante il quale venne in frequentissimo uso. In tempi in cui la forza sopraffaceva il diritto, e in cui i signori erano sempre disposti a troncare colle armi le controversie che la proprietà facea nascere tra di loro, si era sentito il bisogno di por fine agli abusi e alle violenze ordinando il sequestro degli oggetti litigiosi. « Quando le prove del possesso sono incerte, o si ha timore che non si venga alle mani, la querela è fatta, e le cose litigiose vengono sequestrate (2). » Siccome con questo mezzo il possessore veniva spogliato, e talvolta anche i frutti venivano attribuiti al sequestratario, ch'era il re (per esempio in materia di benefici), il sequestro divenne odioso, di tal che a misura che la forza perdette il suo impero e il diritto cominciò a signoreggiare, quel mezzo cominciò a disparire, od almeno da obbligatorio divenne facoltativo. Il nostro

(1) Pothier (nn. 91, 98 e 99).
(2) Loysel (*Istit. consuetud.*, lib. IV, tit. IV, § 29, n. 768).

articolo l'ha conservato come una semplice formalità, lasciandolo poi alla discrezione del magistrato (1), il quale deve usare prudentemente del diritto che ha di ordinarlo.

Laonde, i tribunali potranno ordinare il sequestro di una cosa quando, nel caso in cui la controversia cada sulla proprietà della stessa, sia pericoloso lasciarne al convenuto il possesso, come se si tratti di cosa mobile la quale potrebbe venire involata facilmente. Del pari, in materia di successioni, quando le controversie esistenti tra gli eredi paion di tal natura da ritardare di molto la liquidazione, i giudici potranno pure ordinare il sequestro. Così parimenti, e sopratutto quando la controversia è relativa al possesso, sì che nessuna delle parti venga dimostrando il suo diritto esclusivo, il giudice del possessorio, se non v'abbia ragion sufficiente per attribuire il possesso all'una parte più presto che all'altra, potrà ordinare il sequestro e rimandare le parti a litigare in via petitoria (2).

560. Ma l'art. 1961, n. 2 (1833, 2°) contiene forse una semplice indicazione pel giudice, sicchè costui abbia piena libertà di giudizio, ovvero è mestieri, strettamente interpretando la disposizione, che v' abbia realmente controversia sulla proprietà o sul possesso, perchè vi sia luogo a sequestro giudiziario? Consultando l'ordinanza del 1667, si vede che nel diritto antico il giudice aveva una libertà illimitata. « I sequestri, disponeva l'art. 2, titolo XIX, potranno venire ordinati di ufficio qualora i giudici li reputino necessari. » L'art. 1961 (1833) non ha riprodotto nel n. 2 i termini così estesi dell'ordinanza; e nompertanto parecchi scrittori e numerose decisioni li tolgono a regola, dichiarando che i tribunali abbiano il diritto di ordinare il sequestro non solo nel caso enunciato, ma pur quante volte lo stimino opportuno per la sicurezza delle parti e per la decisione della causa. Noi dividiamo cotale opinione, e ripetiamo colla Corte di Bourges, « che l'art. 1961 (1833) non sia restrittivo, dappoichè esso, nel citare un sol caso in cui il giudice può ordinare il sequestro, non vieta che lo si possa ordinare in taluni altri casi; che sebbene la proprietà debba essere religiosamente rispettata in chi la possiede, e sopratutto lo acquirente debba pacificamente e liberamente godere della cosa da lui acquistata e pagata; tuttavia se la vendita è affetta da qualche vizio, se, ad esempio, il valore non è stato consegnato, se il venditore ha giusta cagione di sospettare che non gli venga pagato, se finalmente a motivo di qualche circostanza sia d'uopo conservare il pegno, in simili casi il principio di equità superiore ad ogni altro principio, richiede che il giudice adotti i più efficaci provvedimenti perchè gl'interessi di ciascuna parte sieno assicurati, e quella tra di loro che sarà dichiarato aver diritto alla cosa la trovi nella sua interezza (3). »

Tuttavia, per seguire una distinzione proposta da Aubry e Rau (4), opiniamo che ciò debba soltanto avvenire nel caso

(1) È stato ragionevolmente deciso che la disposizione dell'art. 1961 (1833) sia facoltativa e non imperativa, e che però allorchè il possesso di un immobile sia controverso tra due o più persone, i giudici possano bene ordinare il sequestro, ma non ne sono obbligati; di guisa che s' essi ricorrono ad ogni altra misura, per esempio, se conservano a ciascuna parte provvisionalmente il possesso, la loro decisione non possa venir su tal punto cassata. Ric., 28 aprile 1813 (S. V., 13, 1, 392; Coll. nov., 4, 1, 340; Dalloz, 13, 1, 319).— *Vedi* pure Ric., 6 marzo 1834 (Dalloz, alla parola Deposito, n. 222).

(2) Pothier (n. 98). — Rig., 31 luglio 1838 (S. V., 38, 1, 676, Dalloz, 38, 1, 341); Ric., 11 febbraro 1837 (S. V., 37, 1, 673; Dalloz, 37, 1, 252; J. P., 1837, p. 431).

(3) Bourges, 8 marzo 1822 (S. V., 23, 2, 96; Coll. nov., 7, 2, 37; Dalloz, *Racc. alf.* t.V, p. 78). Bourges, 18 dic. 1826; Montpellier, 19 luglio 1827; Tolosa, 29 agosto 1827; Bordeaux, 17 marzo 1831 (S. V., Coll. nov., 8, 2, 301, 395 e 412; 27, 2, 121 e 217; 29, 2, 45; 31, 2, 287; Dalloz, 27, 2, 105; 28, 2, 247; 31, 2, 126). — *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 436, nota 4); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III. p. 456, nota 2).—*Vedi* intanto Duvergier (n. 536), Troplong (n. 293 e seg.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 16, nota 3).

(4) *Loc. cit.*

in cui il sequestro sia provocato nel corso di una istanza introdotta dall'attore per ottenére, in forza di qual diritto non monta, la immissione in possesso di una cosa corporale. Che se il sequestro venga chiesto col mezzo di un'azione principale, o in via incidente (il che avviene più spesso nel corso di una istanza che ha per fine principale e diretto la immissione in possesso di una cosa corporale), avvisiamo che il giudice non possa ordinare il sequestro se non nei casi in cui la legge ve lo abiliti espressamente. Qui cade in acconcio di ripetere col Troplong, che il magistrato non possa, sulla dimanda più o men capricciosa di una delle parti, spogliar l'altra ad arbitrio dei vantaggi che le assicurano e il suo possesso e il suo titolo apparente (1). Ond'è ch' è stato ben a ragione deciso, che non occorra nominare un sequestratario dei beni della donna che chiede la separazione di persona, sebbene essa alleghi che suo marito possa appropriarsi gli oggetti necessari alla sua sussistenza (2).

561. Notiamo del resto che in taluni casi v'ha luogo a sequestro in forza della legge, benchè in realtà non vi sia controversia sulla proprietà o sul possesso. Così l'art. 602 (527) del Codice civile ordina il sequestro degli immobili sottoposti all'usufrutto, se per avventura l'usufruttuario non potrò fornir cauzione. Parimenti l'art. 681 del Cod. di proc. civ. dichiara che in caso di sequestro di beni immobili, se questi non sieno locati o dati in fitto, il sequestrato resterà in possesso in qualità di sequestratario giudiziale sino alla vendita. Finalmente, ai termini dell' art. 465 del Codice d'istruzione criminale, allorquando dopo una sentenza di accusa non si sarà potuto arrestare l'accusato, o questi non si costituirà in carcere entro dieci giorni dalla notificazione che gliene sarà stata fatta al domicilio, il presidente della Corte di assisie rilascerà un'ordinanza portante che i beni dell'accusato saranno sequestrati durante la istruzione della contumacia *. In tal caso l'amministrazione demaniale è costituita depositaria, percependo i frutti a titolo d'indennità delle spese di procedura.

562. Dopo avere determinato i limiti nei quali vuol essere applicato l'art. 1961, 2° (1833, 2°), ci resta ad indagare, ai sensi dell'art. 1963 (1835), qual sia il modo di nomina del sequestratario giudiziale, quali le sue funzioni, i suoi diritti e doveri.

Quando il tribunale ha dichiarato esservi luogo a sequestro, le parti interessate possono convenire sulla scelta della persona appo cui dev'esser fatto il deposito; e se per avventura esse non sieno d'accordo, o se il magistrato non creda opportuno lasciarne a loro la scelta, il tribunale procederà alla nomina di ufficio. Del resto, non perchè il depositario presentato dalle parti viene approvato dal giudice, il sequestro perde il carattere giudiziale: solo in tal caso si stabilisce realmente un contratto tra le parti e il depositario, mentre v' ha unicamente un quasi-contratto quando quest'ultima venga nominato di ufficio (sopra, n. 371) (3).

Il giudice ha poi piena libertà di azione nella nomina del sequestratario; e benchè l'ordinanza del 1667, tit. XIX, art. 5, gli vietasse di sceglierlo tra' suoi parenti fino ad un certo grado, nondimeno cotal divieto non è stato riprodotto dal Codice. Il giudice può scegliere pure a depositario una delle parti in lite (4).

(1) Troplong (*loc. cit.*).

(2) Liége, 13 gennaro 1809 (S. V., 12, 2, 211; Coll. nov., 3, 2, 6; Dalloz, 10, 2, 33). — *Vedi* pure Liége, 12 genn. 1813; Angers, 27 agosto 1817 (S. V., Coll. nov., 4, 2, 235; 5, 2, 319; Dalloz, *Racc. alf.*, 5, 191; 11, 908).

* Più conformi ai principî della equità e della giustizia, le nostre leggi di procedura penale non prescrivono il sequestro dei beni del contumace. Quindi l'art. 510 delle suddette leggi dà obbligo al Presidente della Corte di assisie di rilasciare un'ordinanza nella quale sarà stabilito un nuovo termine per la presentazione dell'accusato, scorso il quale, se questi non si presenti, si procederà al giudizio in contumacia.

(3) Pothier (n. 98).

(4) Parigi, 2 luglio 1830 (Dalloz, alla parola Deposito, n. 232). — *Contra*, Tolosa, 13 maggio 1812 S. V., Coll. nov., 4, 2, 214).

563. Le funzioni del sequestratario consistono nel custodire la cosa e nell'amministrarla nella misura stabilita nell'atto di nomina. Su tal rispetto, i doveri del sequestratario giudiziale sono eguali a quelli del sequestratario convenzionale, e come a guarentigia della sua gestione, quegli va pur sottoposto all' arresto personale (art. 2060, 4° (1934, 4°)).

Però, benchè la legge espressamente nol dica, convien che a lui sia attribuito un salario, quando pure questo non siasi stipulato; dappoichè non senza ragione il legislatore non ha qui riprodotto l'art. 1957 (1829).

La giurisprudenza ha poi giudicato che il salario può essere domandato a chiunque dei litiganti indistintamente (1).

Aggiungiamo da ultimo che il sequestro giudiziario non vuol confondersi *col godimento provvisionale* dappoichè il sequestro conferisce al depositario la semplice ritenzione dell' oggetto, mentre il godimento provvisionale dà il vero possesso all' una delle parti durante il giudizio in via petitoria.

III. — 564. Ora è tempo di parlare del *deposito* giudiziario il quale, come abbiam detto, può venire ordinato in due casi. Il giudice, dice l'art. 1961, 1° (1822, 1°), può ordinare il *sequestro* dei mobili presi ad un debitore. Abbiamo osservato che la parola *sequestro* è qui adoperata impropriamente; dappoichè solo allora esiste il sequestro quando v' ha controversia sulla proprietà o sul possesso dell' oggetto. Ma in quel primo caso contemplato dall'articolo non v'ha controversia di sorta; conciossiachè un creditore procede al sequestro, e perchè fino al giorno della vendita s'impedisca la sottrazione o il deterioramento degli oggetti sequestrati, si reputa necessaria la nomina di un depositario; l'usciere costituisce tal depositario in nome della giustizia; ma il sequestrato resta pur sempre proprietario e possessore sino alla vendita: « la mano della giustizia non ispolia (2): » il depositario ha la nuda ritenzione degli oggetti sequestrati. Qui adunque unicamente si tratta di un deposito, il quale porta il titolo di giudiziale perch'è costituito da un ufficiale giudiziario.

Nè poi vuol credersi che, nel caso di sequestro, la costituzione di un depositario sia per l'usciere facoltativa; la dizione dell'art. 1961 (1833) può trarre su tal punto in inganno. Però completando la sua disposizione coi varî articoli del Codice di procedura civile sui sequestri (1ª parte, lib. V, tit. VIII), si comprenderà (specialmente dagli art. 596 e 597 (686 e 687) che in qualsivoglia sequestro di oggetti mobili corporali è necessaria la nomina di un depositario.

565. Ai termini dell'art. 596 (686), in cui fu riprodotta la dottrina di Pothier (n. 95), il sequestrato, ond'evitare le spese di custodia, può offrire un depositario solvibile e fornito di tutte le qualità richieste dalla legge; e se tal depositario è accetto al sequestrante o all' usciere in nome di quest'ultimo, tra il sequestrato, il sequestrante e il depositario si forma un vero contratto di deposito, pel quale il depositario è responsabile rispetto agli altri due potendo venir perseguito dall' uno o dall'altro, a seconda l'avvenimento che porrà fine alla sua custodia. All'incontro, quando il sequestrato non offre un depositario, ovvero ne offre un tale che, mancando delle condizioni richieste, non può venire accettato dall'usciere, l'art. 597 (687) richiede che costui ne scelga uno, il quale in tal caso procede nel nome del sequestrante. Quindi avviene che in questa ipotesi il depositario è obbligato verso quest'ultimo, mentre il sequestrato, perchè non ebbe parte alla elezione del depositario, non acquista alcun diritto.

566. In ambo i casi, è mestieri che le depositario abbia i requisiti di capacità vo-

(1) Cass., 27 aprile 1859 (Dalloz, 59, 1, 171; J. P., 1860, p. 351).

(2) Loysel, *Istit. consuetud.*, lib. V, tit. IV.

tuti dall'art. 1925 (1797). Però la legge ha inoltre stabilito talune esclusioni, di tal che, ai termini dell'articolo 598 del Codice di proc. civ., non può venir nominato depositario nè il sequestrante, nè il suo coniuge, nè tampoco i suoi parenti ed affini sino al grado di cugino germano o i suoi domestici *. Si aggiungano pure le mogli e le figlie che, salvo il caso di stellionato, non sono sottoposte all'arresto personale (art. 2066) (1).

567. Ai termini dell'art. 1962 (1834), la costituzione di un depositario giudiziale produce tra quest'ultimo e il sequestrante obbligazioni reciproche.

Secondo questo articolo, il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia. Questa disposizione si comprende facilmente in riguardo al depositario costituito dall'usciere, che, come vedremo da qui a poco, è stipendiato di pieno dritto; essa è naturale applicazione dell'art. 1928, 2° (1800, 2°). Ma non avviene lo stesso rispetto al depositario presentato dal sequestrato medesimo e che si è incaricato di custodire gratuitamente gli oggetti sequestrati: in questo caso convien fare una distinzione. Il depositario in tal guisa costituito dev'esser tenuto, rispetto al sequestrato, della diligenza ch'egli è uso adoprare nei proprî affari; di tal che su tali basi vuol essere regolata la responsabilità quando il depositario dee render conto al sequestrato, dappoichè il contratto formatosi tra di loro è un vero deposito al quale è applicabile l'art. 1927 (1799). Avviene altrimenti quando il depositario dee render conto al sequestrante; perocchè il primo, sebbene presentato dal sequestrato e incaricato gratuitamente della custodia, è tenuto a giustificare la diligenza di un buon padre di famiglia. E ciò a ragione; avvegnachè il sequestrante aveva il diritto di stabilire un depositario salariato, il quale sarebbe stato costretto ad usare la diligenza di un buon padre di famiglia, e se egli fu proclive ad accettare, nell'interesse del sequestrato, il depositario offertogli, giustizia vuole non ne risenta alcun danno (2).

568. Le altre obbligazioni del depositario sono quelle di ogni altro custode di un deposito; quindi egli è tenuto a vigilare per la conservazione degli oggetti; non può prestarli, nè darli in affitto; dee percepirne i frutti e le rendite; finalmente dee restituire gli oggetti al tempo della vendita, o consegnarli al sequestrato se per avventura venga rivocato il sequestro.

Ma pur sotto quest'ultimo rapporto, convien distinguere se il depositario venne costituito direttamente per mezzo di usciere, ovvero se, offerto dal sequestrato, venne aggradito dall'usciere e dal sequestrante. Nel primo caso, il solo sequestrante ha un'azione diretta contro di lui, perch'egli solo ha contrattato; quindi, se mai il sequestro venga rivocato, il sequestrato ha indirettamente e in forza dell'art. 1166 (1119) l'azione per restituzione degli oggetti contro il depositario; e se costui sia insolvibile, il sequestrato avrà azione avverso il sequestrante, salvo a costui il diritto di rivolgersi contro l'usciere. Nel secondo caso, al contrario, siccome il sequestrato è intervenuto pur esso nel deposito giudiziale insieme col sequestrante, ambedue avranno l'azione *in solidum* contro il depositario, secondo che si tratti di vendita o d'interruzione dei procedimenti, e il sequestrante non sarà responsabile in modo alcuno rispetto al sequestrato, in caso di rivoca del sequestro.

Come a guarentigia di tutte queste ob-

* Il nostro Codice di proc. civ., trattando nell'art. 688 delle persone che non possono essere costituite depositarie dei mobili pegnorati, stabilisce: « Non potranno esser costituiti depositarî il pegnorante, il di lui coniuge, i consanguinei ed affini sino ai cugini di quinto grado inclusivamente, come pure i di lui domestici: ma il pignorato il suo coniuge, i suoi consanguinei ed affini e i domestici potranno esser costituiti depositarî, qualora vi concorra il loro consenso e quello del pegnorante. »

(1) Rig., 10 febbraro 1840 (S. V., 40, 1, 216; Dalloz, 40, 1, 119).

(2) *Vedi* Pothier (n. 96).

bligazioni, cioè, consegna degli oggetti sequestrati, dei frutti, delle rendite, e pagamento dei danni-interessi, ove occorra, il depositario è sottoposto all'arresto di persona (art. 2060, 4° (1934, 4°); Cod. proc. civ., art. 603 e 604 (693 e 694)).

569. L'obbligazione del sequestrante consiste nel pagare al depositario il salario determinato dalla legge (tariffa civile: decreto dei 16 febbraro 1807, art. 34). Egli è del resto assai giusto che, in ricambio degli obblighi rigorosi che pesano su di lui, il depositario abbia diritto ad un salario.

Inoltre egli ha diritto a chiedere la sua liberazione se la vendita non sia stata eseguita nel giorno indicato nel verbale, e, in caso d'impedimento, due mesi dopo il sequestro (Cod. proc. civ., 605 e 606 (695 e 696)).

570. Il giudice può ordinare il deposito « delle cose che un debitore offre per la sua liberazione » (art. 1961, 3° (1833, 3°)). È questo il secondo caso di deposito giudiziale, il quale avviene non solo quando il creditore ricusa di ricevere, ma ben pure quante volte il debitore il quale ha diritto e volontà di liberarsi, sia impedito di soddisfare il suo creditore, per esempio perchè esiste presso di lui un decreto di sequestro.

Intorno a quest'ultimo caso, bisogna notare una distinzione importante. Quando il debitore deve una somma e vuole depositarla, l'intervento del giudice non è necessario; gli art. 1257 (1210) e seg. del Codice civile e l'art. 812 (895) del Codice proc. civ. stabiliscono talune regole cui il debitore è tenuto ad osservare: egli farà offerte reali e consegnerà le somme alla Cassa dei depositi e delle offerte, creata a tal uopo colla legge dei 28 aprile 1816.

Se ciò che si deve sia tutt'altro che una somma, in mancanza di una legge che indichi il luogo in cui il debitore possa eseguire il deposito, costui si rivolgerà al giudice, il quale potrà ordinare il deposito della cosa presso una persona da lui medesimo indicata (art. 1264 (1217)). Questa persona sarà un depositario giudiziale sottoposto a tutti i doveri imposti al depositario di cui parla l'art. 1963 (1835), e fornito degli stessi diritti.

TITOLO XII (XIII).

DEI CONTRATTI ALEATORII.

(Decretato il 10 marzo 1804. — Promulgato il 20).

571. I redattori del Codice, interrompendo la serie dei *contratti di beneficenza*, cui bentosto ripigliano nel titolo *Del Mandato* (*infra*, art. 1984 (1856) e seg.), si occupano in questo luogo del contratto vitalizio e degli altri contratti aleatorî. Non si creda però che questo argomento non si rannodi affatto coi precedenti. Imperocchè, da una parte, il capitolo relativo al contratto vitalizio, parte principale di questo titolo, è in certa guisa il complemento della costituzione di rendita colla quale si chiude la materia del prestito (sopra numeri 322 e seg.); e sebbene tra le due specie di contratto interceda il titolo *Del Deposito*, ciò avviene perchè gli era ben difficile non ragionare di questo contratto subito dopo il prestito, a cagione dei grandi rapporti e delle numerose affinità ch' esistono tra' due contratti. Da un'altra parte, il contratto vitalizio appartiene alla classe dei contratti reali principali, per guisa che naturalmente si colloca a fianco del prestito e del deposito, i quali appunto costituiscono i due altri contratti reali principali (sopra, nn. 12 e 392) (1).

Che che ne sia, il titolo *Dei contratti aleatorî*, non ostante il picciol numero delle disposizioni che lo compongono, offre al giureconsulto un argomento di studî gravissimi, e di certo assai più pratici del deposito e del prestito ad uso. Il che si comprenderà nel corso del commento dei seguenti articoli.

1964 (1836). — Il *contratto aleatorio* è una convenzione reciproca, i cui effetti relativamente al guadagno ed alla perdita, sia per tutti i contraenti, sia per uno o per più di essi, dipendono da un avvenimento incerto.

Tali sono:

il contratto di assicurazione,
il prestito a tutto rischio,
il giuoco e la scommessa,
il contratto vitalizio.

I due primi sono regolati dalle *leggi commerciali*.

SOMMARIO.

I. 572. Origine del contratto aleatorio; sua utilità. — 573. Esso è un contratto a titolo oneroso: definizione. — 574. È una convenzione che partorisce effetti reciproci. — 575. La definizione dell'art. 1964 (1836) non corrisponde con quella dell'art. 1104 (1058). Controversie suscitate per la diversità dei

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 193, testo); — Berriat-Saint-Prix (*Not. teor.*, n. 7783).

I. — 572. L'uomo, nei suoi molteplici rapporti d'interesse coi suoi simili, non si limita ai fatti certi, agli oggetti che scopre e dei quali apprezza immediatamente il valore e la importanza. Egli spinge più oltre i suoi sguardi e le sue brame; cerca di penetrare nell'avvenire, e calcolando dai fatti compiutosi innanzi a lui e dall'ordine naturale delle cose, le probabilità e i rischi, fonda su tali dati le speranze di guadagno, ovvero scongiura col mezzo di un lieve sagrificio attuale i colpi della fortuna che potrebbero essergli funesti più tardi; tenta la sorte o procura di correggerne i capricci. Per tal modo conquistando in certa guisa il futuro, l'uomo trasforma in realtà ciò che di presente è una speranza più o meno fondata, addossa su d'altri mercè una lieve retribuzione i rischi ai quali egli è esposto, e si assicura dai pericoli dai quali è minacciato vuoi nei suoi beni, vuoi pur nella vita.

Tali sono l'origine e lo scopo del contratto aleatorio, nato dalla nostre speranze e dai nostri timori. Per mezzo d'ingegnosissime e quasi sempre prudenti combinazioni, esso attenua i disastri dividendone i tristi effetti sopra un gran numero d'individui, ovvero procura tali risorse che un uomo solo, giovandosi dei mezzi ordinarî, non avrebbe potuto ottenere. L'utilità del contratto è dunque incontrastabile, e forse per non averla bene scorta il moderno legislatore si è brevemente occupato di questo argomento, sfiorando appena taluni punti e di altri tenendo affatto il silenzio.

573. Il contratto aleatorio che ripete la sua origine etimologica dalla parola *alea*, la quale indica un avvenimento incerto, non conferisce all'una delle parti un vantaggio meramente gratuito, dappoichè la speranza di un beneficio è bilanciata dalla vista di una perdita possibile. Ciò che l'uno dei contraenti dà all'altro non costituisce una liberalità, ma è il prezzo del rischio addossatogli: ***suscepti periculi pretium***. Così ravvisato, il contratto aleatorio è un contratto a titolo oneroso.

Ma il contratto a titolo oneroso si suddivide:

Quando, nel momento della convenzione, il vantaggio qualsiasi che ciascuna delle parti vuol procurarsi è certo, quando ognuna di esse dà o crede dare l'equivalente di ciò che riceve, il contratto è ***commutativo***. All'incontro, quando l'obbligazione di una delle parti o di ambedue è incerta, sottoposta a rischi, alle probabilità del futuro, a taluni avvenimenti fortuiti, il contratto è *aleatorio*, e vien definito nell'art. 1964 (1836) : una convenzione reciproca, i cui effetti relativi al guadagno ed alla perdita, sia per tutti i contraenti, sia per uno o per più di essi, dipendono da un avvenimento incerto.

574. Innanzi tutto osserviamo che l'espressione *convenzione reciproca* non rende esattamente il pensiero del legislatore. Difatti, ogni convenzione è reciproca, anche in un contratto unilaterale, imperocchè bisogna sempre, e necessariamente, il concorso di due parti che convengano intorno ad un certo punto. Il legislatore ha voluto dire che il contratto, il quale più di sovente è sinallagmatico, costituisce una convenzione i cui effetti sono reciproci, una convenzione fatta nell'interesse delle due parti.

575. Nondimeno il testo indica chiaramente che il rischio di guadagno o di perdita può esistere per un solo dei contraenti. All' incontro. se guardiamo alla definizione dell'art. 1104 (1058), vediamo che il contratto è aleatorio quando l'equivalente consiste nell'avventurare il guadagno o la perdita, *da parte di ciascun contraente*. Le due definizioni date dagli art. 1104 e 1964 (1058 e 1836) sono così diverse che dietro la pubblicazione del Codice gli scrittori ricercano qual delle due meriti la preferenza. Ciò avviene perchè sin dal principio i redattori del Codice non pensarono a stabilire il profilo dal quale doveva esser guardato quel contratto.

Secondo taluni scrittori, non è possibile che un contratto sia aleatorio per l'un contraente senza esserlo pure per l'altro; sicchè a loro intendimento la definizione migliore è quella dell'art. 1104 (1058). Questi scrittori, ravvisando le conseguenze probabili del contratto, non comprendono che in una convenzione a titolo oneroso l'una delle parti possa perdere senza che l'altra guadagni, e al contrario; dipoi togliendo ad esempio il contratto di assicurazione, sul quale sopratutto si è rivolta la discussione, essi intendono dimostrare che in quel contratto abbianvi rischi reciproci di guadagno o di perdita, non solo per lo assicuratore, il che è incontrastabile, ma ben pure per l'assicurato, il quale se da una parte corre il rischio di pagare il premio senza nulla ricevere, corre dall'altra, in caso di sinistro, il rischio di guadagnare ciò che perderà l'assicuratore nel pagargli la indennità, ciò ch'egli stesso avrebbe perduto se per avventura non si fosse assicurato (1).

Ma questa dottrina confonde evidentemente le conseguenze che il contratto potrà produrre colle prestazioni imposte a ciascuno dei contraenti, cioè con ciò che dev'esser preso per base nella definizione del contratto. Ed in vero, allorchè il legislatore suddivide i contratti a titolo oneroso, con qual criterio vi si presta? L'articolo 1104 (1058) l'indica chiaramente: il legislatore considera l'obbligazione di ciascuno dei contraenti, l'equivalente che ognuno di loro deve fornire in cambio di ciò che riceve. Questo punto è svolto nitidamente da Bigot Préameneu in questi termini: « Se l'impegno dell'uno è riguardato come equivalente all'impegno dell'altro, il contratto è commutativo; è aleatorio se l'equivalente consiste nel rischio del guadagno o della perdita (2). »

576. Ciò posto, togliendo a base questo dato incontrastabilmente esatto, diciamo che siavi contratto aleatorio quando l'oggetto dell'obbligazione di uno dei contraenti è incerto, quando ciascun di loro corre rischio di pagare senza nulla ricevere o di ricevere senza nulla pagare: tal'è la semplice scommessa, la vendita di una speranza per un'altra speranza. Aggiungiamo però che v'ha pure contratto aleatorio quando la prestazione dell'un contraente sia determinata fin d'ora, sebbene tuttavia il suo valore sia incerto (3); questo contraente ha voluto, mediante un sagrificio una sola volta sofferto o cui deve certamente soffrire, sottrarsi ai rischi dell'avvenire, addossandoli sugli altri contraenti, sicchè per lui non resti più nulla d'incerto: tal'è la posizione dello assicurato nel contratto di assicurazione, tale quella del mutuante nel prestito a tutto rischio.

Difatti, l'assicurato è ormai certo di dover pagare il premio di assicurazione, qualunque sieno gli eventi. Ma perchè mai ha stipulato simil contratto? Per ottenere la sicurtà da ogni rischio, da qualsivoglia incertezza del futuro, l'affrancamento insomma da ogni rischio dannoso. Laonde è poco esatto il dire che gli effetti del contratto siano per lui dipendenti da un avvenimento

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, nelle note, p. 417, nota 1); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 477).

(2) *Esposizione dei motivi* sull'art. 110 (Fenet, t. XIII, p. 222); Locré (t. XII, p. 318).

(3) *Vedi* Marcadè sull'art. 1104 (1058).

incerto; assai più inesatto il pretendere che l'assicurato guadagni necessariamente, in caso di sinistro, ciò che perde l'assicuratore nel pagare la indennità. Imperocchè, da una parte può avvenire che costui, avendo percepito per lunghi anni il premio di assicurazione, non perda nulla allorchè sia costretto a pagare l'indennità; dall'altra parte, l'è cosa ridicola sostenere che l'assicurato, nel ricevere la indennità, guadagni ciò che avrebbe perduto se non avesse fatto il contratto; dappoichè costui nulla guadagna oltre alla sua sicurezza, e, nel caso di sventura, se ottiene la riparazione di un danno, il suo patrimonio però non si accresce. Gli è dunque certo che nel contratto di assicurazione, come nel prestito a tutto rischio, al quale è applicabile lo stesso ragionamento, il rischio è sol da una parte; la quale induzione, conforme alla definizione dell'art. 1964 (1836), è omessa dalla comune degli scrittori (1).

577. Però noi ci scostiamo da loro quando comparano o agguagliano, sotto il rapporto di che ci occupiamo, il contratto vitalizio a quello di giuoco. Noi avvisiamo che del contratto vitalizio avvenga lo stesso di quel che avviene nel contratto di assicurazione, cioè: il rischio del guadagno o della perdita non esiste che da una sola parte, ossia, da canto del debitore, mentre in ordine al creditore l'oggetto della sua obbligazione è attualmente certo e determinato, perocchè egli ha voluto, al modo stesso dell'assicurato, premunirsi contro le eventualità del futuro, pagando una sola volta una somma o qualsivoglia altra cosa ed acquistando in ricambio la certezza di avere una rendita stabilita e sicura per tutto il tempo della sua vita. Le osservazioni del Tribunato sul nostro articolo sono del resto assai chiare su tal proposito: « Egli è chiaro, ivi sta detto, che il contratto aleatorio può esistere, tuttochè una delle parti abbia ricevuto una somma determinata, e quantunque d'incerto null'altro vi sia se non ciò ch'è dovuto dall'altra. Così il contratto vitalizio, cui il progetto colloca a giusto titolo nel numero dei contratti aleatorî, non offre d'incerto che i frutti decorsi della rendita i quali ne produrranno degli altri o si ridurranno a nulla, a misura che la vita del debitore sarà lunga o corta. Ma il prezzo ricevuto dal debitore è tal cosa che non ha nulla d'incerto o di variabile (2). »

578. Dalle cose esposte vuolsi conchiudere, che per ben estimare il carattere aleatorio di un contratto bisogna considerare il momento stesso in cui il contratto si conchiude, e ricercare se la prestazione dell'uno dei contraenti dipenda da un avvenimento incerto, se l'oggetto dell'obbligazione non possa attualmente determinarsi. Ma sarebbe tratto in inganno chi volesse trar criterio dai fatti che più tardi potranno rendere il contratto più vantaggioso o pregiudizievole all'uno o all'altro dei contraenti; come pure sarebbe difficilissimo segnare con sicurezza il limite di divisione trai contratti commutativi e gli aleatorî. Imperocchè, non avviene tutti i giorni che l'acquisto di un terreno di picciol valore sia fonte di considerevoli beneficî per l'acquirente, quando, ad esempio, una nuova via di comunicazione gli fornisca dei mezzi impreveduti per la vendita dei suoi prodotti? E in questo caso non v'ha forse rischio di guadagno o di perdita? Eppure il contratto non fu in origine essenzialmente commutativo?

Così è che, togliendo a base cotesto principio, considereremo come contratti commutativi talune vendite che pure hanno un carattere aleatorio, ma nelle quali l'oggetto della obbligazione di ciascuna delle parti è chiaramente determinato nel giorno della stipulazione del contratto. Tale sarebbe, per esempio, la vendita fatta in Parigi dallo Stato delle terre di Algeria. L'acquirente che non ha mai visitato questo paese, e che

(1) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 93); Troplong (*Contrat. aleat.*, n. 8); Larombière (t. I, n. 4).

(2) *Vedi* Fenet (t. XIV, p. 233); Locrè (t. XV, p. 160 e 161).

non conosce la natura dei terreni, correrà certamente grandi rischi; eppure il contratto è commutativo, avvegnachè lo Stato, debitore, conosce appieno la estensione della sua obbligazione. Tale sarebbe pure la vendita di una miniera non ancora coltivata ovvero posta già in esercizio: perocchè se la miniera esiste realmente, vi ha contratto commutativo, qualunque sieno le incertezze intorno alla estensione o alla fecondità di quella.

579. Del resto, la controversia sulla distinzione del contratto aleatorio col commutativo offre un interesse puramente teorico; e sebbene tra loro corra questa differenza, che la rescissione per lesione, ammessa nel contratto commutativo, nol sia nell'aleatorio, nondimeno, ciò nulla aggiunge all' utilità pratica di quella distinzione, se si riflетta che, a differenza del diritto romano, in cui la rescissione per lesione era ammessa come generale principio, tal motivo di rescissione è conservato nell'attuale diritto per eccezione e nei due soli contratti di vendita e di divisione (*vedi* art. 888, 889 e 1674 (808, 809, e 1520)).

Che che ne sia, la distinzione tra il contratto commutativo e l'aleatorio riescerà quasi sempre facile in pratica, dappoichè dietro la definizione dell'art. 1964 (1836), che giudichiamo esattissima, a riconoscere la esistenza del contratto aleatorio, basterà indagare se l'oggetto della obbligazione di uno dei contraenti sia incerto, tuttochè la convenzione sia attualmente perfetta: in altri termini, bisogna verificare la esistenza di un fatto.

580. Però convien guardarsi dal confondere il contratto aleatorio col contratto condizionale, avvegnachè potrebbe per avventura sembrare a chi poco ben vi rifletta che la nostra definizione del contratto aleatorio conduca appunto a quella confusione. Ma sebbene anche in una convenzione condizionale il contratto dipenda da un avvenimento incerto; pur tuttavolta trai due contratti esiste questa vital differenza, cioè, che il contratto aleatorio si adempie inevitabilmente sia qualsivoglia l'avvenimento, avvegnachè in esso i contraenti lasciano al caso il decidere, non già se il contratto avrà effetto, ma sibbene qual sarà questo effetto, mentre nella convenzione condizionale il contratto esiste sol che l' avvenimento si verifichi, rimanendo sospeso il suo effetto sino allo avveramento della condizione. Così, quando io compro da un pescatore un getto di reti, il contratto al momento stesso è formato: il pescatore dee gettar le sue reti, io son costretto a pagare il prezzo convenuto tostochè le reti saranno tirate, quantunque siavi molta, poca o nessuna pesca; questo è contratto aleatorio. Io compro da un pescatore un luccio, quand'egli lo peschi; il contratto esisterà qualora il luccio sarà pescato; ma se il pescatore non getta le reti, o se, dopo averle gettate, non coglie un luccio, il contratto non sarà mai esistito; questo è contratto condizionale.

II. — 581. V' ha dei contratti che per loro natura sono aleatori, e che non potrebbero concepirsi sprovveduti di tal carattere; tali sono i contratti enumerati nell'art. 1964 (1836), i quali, per tal motivo, formano soli argomento del nostro titolo. Ma ve n'ha pur degli altri che possono casualmente divenire aleatori per effetto della manifestazione della volontà delle parti: di questi, alcuni rientrano nella classe dei contratti ordinari, come la vendita di un getto di reti, di un usufrutto, d'una eredità d'un diritto litigioso; altri costituiscono dei contratti innominati perocchè non possono avere una denominazione precisa. A quest'ultima classe di contratti appartiene la convenzione fatta in una divisione dai coeredi, di lasciare una casa indivisa per goderne in comune, colla riserva che la proprietà intera della casa apparterrà all'ultimo superstite (1). In

(1) Ric., 10 agosto 1836 (S. V., 36, 1, 669; Dalloz, 37, 1, 129).

sta convenzione v' ha difatti per ciascuna delle parti l'equivalente di che parlano gli art. 1104 e 1964 (1058 e 1836), la speranza di sopravvivere ; e poichè in essa non si dimostra alcun intendimento di liberalità , male a proposito è stata impugnata in giudizio sotto il pretesto che contenesse sia una disposizione a causa di morte, sia un testamento congiuntivo. Gli è pur lo stesso della convenzione per la quale l'erede naturale ed un terzo, legatario presunto del defunto , si obbligano reciprocamente di pagarsi una certa somma dopo l'apertura della successione, cioè, il legatario presunto, ove esista un testamento in suo favore, e l'erede naturale, se mai non n'esista (1).

Siffatte convenzioni, che possono moltiplicarsi in infinito per volontà delle parti, sono governate dai principî generali, chè il legislatore, non potendo tutte prevederle, ha dovuto limitarsi a segnare le regole proprie dei contratti aleatori principali. Quindi è che in questo luogo egli tratta dei due contratti enumerati nell'art. 1964 (1836) : 1° del giuoco e della scommessa; 2° del contratto vitalizio. In riguardo agli altri due pur mentovati nello stesso articolo, ciò sono : il prestito a tutto rischio e il contratto di assicurazione , il legislatore rimanda alle leggi marittime. E però di questi due ultimi contratti è nostro intendimento dare una breve nozione , pria che ci occupiamo di quelli che debbono fare precipuo obbietto del nostro esame.

582. Il prestito a tutto rischio *, pervenutoci dai Romani (ff. *De Nautico foenore*, lib. XXII, tit. II), è un contratto pel quale un mutuatario, chiamato pure datore, presta una somma sugli oggetti esposti ai pericoli della navigazione, colla condizione che se la nave giunge a buon porto, il mutuatario gli rimborserà il capitale tolto in prestito, e a dippiù una somma determinata come prezzo dei rischi incorsi; e che se all' incontro, il carico perisca o sia danneggiato nel viaggio per fortuna di mare o per accidente di forza irresistibile, il mutuante non potrà nulla reclamare oltre al residuo valore del carico. E poichè la indennità stipulata dal mutuante in caso di felice viaggio è in questa ipotesi l'equivalente dei rischi incorsi; poichè inoltre siffatti rischi variano a seconda le stagioni e il cammino tenuto dalla nave, era mestieri che il valore del premio fosse lasciato al libero arbitrio delle parti, sendo impossibile regolarlo colle disposizioni limitative relative agl'interessi legali; così era pure nel tempo in cui il prestito ad interesse ordinario era assolutamente proibito.

Il contratto di che parliamo è del tutto commerciale; ciascuna delle parti, nel recare all'altra un beneficio, ha di mira un guadagno per se; quindi le regole di tal contratto convenia fossero stabilite nel Codice di commercio, in cui se ne parla negli art. 311 a 331 (301 a 322).

583. Il prestito a tutto rischio nell'ordine dei tempi fu senza dubbio il primo mezzo col quale si cercarono diminuire gli effetti del rischio inseparabile dai trasporti marittimi. Ma questa forma primitiva, sufficiente in un tempo i cui i viaggi non erano nè frequenti nè lontani, sotto la influenza delle idee novelle proclivi ai lunghi viaggi ed arrischiati, dovea ispirare il pensiero di più efficaci convenzioni. Da ciò il contratto di assicurazione, contratto pel quale una persona assume l'obbligo di fare altri indenne dei danni o della perdita che costui può subire, mediante una somma che si obbliga di pagare o in periodi determinati ovvero una sola volta.

Questo contratto differisce per due capi dal prestito a tutto rischio; la qual differenza, perchè corre in vantaggio del contratto di assicurazione , ha reso in poco

(1) Bordeaux, 4 febbraro 1833 (S. V., 34, 2, 24; Dalloz, 34, 2, 38).

* Questo contratto ha ricevuto dalle nostre *Leggi di eccezione per gli affari di commercio* la denominazione di *Contratto a cambio marittimo*.

tempo questo contratto assai più pratico. Imperocchè, da una parte, l'assicurato non dà nulla in prestito, purchè soddisfi il prezzo del rischio o i premî nei periodi determinati; dall'altra parte, nell'assicurazione il prezzo del rischio consiste ordinariamente in una somma assai tenue, distribuita per un gran numero di anni, mentre nel prestito l'equivalente consiste nell'interesse sempre elevato cui il prestatore è tenuto a pagare.

584. Quasi sconosciuto agli antichi, il contratto di assicurazione fu in origine immaginato e posto in pratica soltanto pei rischi di mare; quindi l'argomento dell'assicurazione marittima è stato lungamente e dottamente studiato da taluni scrittori, singolarmente dal Pothier, il quale vi ha consacrato un trattato speciale. Il Codice Napoleone rimanda alle leggi marittime, ossia al Codice di commercio; il che potrebbe per avventura indurre il pensiero che il contratto di assicurazione non possa aver mai per obbietto se non se un interesse commerciale; ma questo sarebbe errore gravissimo. Assai prima della redazione del Codice, si erano sentiti la grandissima utilità e i vantaggi di questa ingegnosa invenzione applicata agl'interessi meramente civili, ai rischi di ogni natura, ai pericoli dell'incendio, a quelli delle intemperie delle stagioni, non che ai pericoli che minacciano la vita dell'uomo. Difatti, l'assicurazione contro l'incendio, praticata in Inghilterra, era stata introdotta in Francia; le assicurazioni sulla vita, di cui la prima, fondata in Inghilterra nell' anno 1762, è tuttavia esistente, erano apparse tra noi nel 1787 e 1788. Tutti questi precedenti avrebbero potuto richiamare l' attenzione dei redattori del Codice sopra un contratto che avea trapassato i suoi confini originari e si era intruso nei fatti della vita civile. Eppure l'art. 1964 (1836) profferisce un rinvio puro e semplice al Codice di commercio (lib. II, tit. X); dal che s' inferisce che le assicurazioni terrestri e quelle sulla vita, non essendo regolate da veruna legge, sono rimaste sotto l'impero dei principî generali e delle analogie cavate dal Codice di commercio. Indichiamo le forme colle quali il contratto in discorso per l'ordinario si manifesta.

585. La prima, forse troppo poco diffusa e nondimeno più semplice, è la mutualità. Alquante persone si obbligano a farsi indenni reciprocamente di tutti i danni che taluni accidenti, come l'incendio o la gragnuola, possono loro produrre. Siffatte associazioni, siane qualsivoglia la forma, non hanno un carattere commerciale, perocchè nessuna delle parti si propone di rendere un beneficio: lo scopo unico e comune è quello di evitare una perdita a quel socio ch'è colpito dall'evento infausto.

La seconda forma, ch' è molto più conosciuta, consiste nella obbligazione assunta da una delle parti di riparare il danno prodotto da un accidente di natura determinata, mediante un premio cui l' altra parte si obbliga di pagarle come prezzo dell'assicurazione. In questo caso il contratto piglia il nome di assicurazione con premio, e differisce dal primo da che lo assicuratore, che per ordinario è una compagnia, speculando sui guadagni eventuali che potranno risultare dalla percezione del premio, fa un atto di commercio, e dà per ciò stesso al contratto il carattere di un atto commerciale.

586. Il contratto di assicurazione ha pur ricevuto talune altre applicazioni; imperocchè si è compresa la possibilità di giovarsene onde attenuare pericoli di diversa natura e di renderlo utile sia per riparare il danno materiale cui può dar luogo la morte di tale o di tal altra persona, sia per supplire al difetto di mezzi di sussistenza che può tener dietro alla malattia o alla vecchiezza. Da ciò l'assicurazione sulla vita, che, ai nostri giorni, ha preso grandissime proporzioni, assumendo svariatissime forme, delle quali noteremo solo le principali e le più usitate.

587. Nella forma più semplice e che più d' ogni altra si ravvicini all' assicurazione marittima o terrestre, l'assicurazione sulla vita è un contratto pel quale l'assi-

curatore, mediante un annuo premio o una somma determinata, si obbliga pagare all' assicurato una indennità esigibile alla morte di colui del quale la esistenza è posta in rischio, e che consisterà o in un capitale o in annue somministrazioni. Così è, per esempio, quando un padre si obbliga di pagare ogni anno una certa somma, purchè alla sua morte l'assicuratore fornirà un capitale o una rendita ai suoi figli i quali potrebbero averne bisogno. « Siffatto genere di contratto, sta detto in una istruzione del ministro dell' interno degli 11 luglio 1818, è degno d'incoraggiamento, avvegnachè il soscrittore sia spinto da un sentimento benefico e generoso ad imporsi annui sagrifizî onde assicurare agli oggetti del suo amore quell' agiatezza di che potrebbero restar privi dopo la sua morte.» Un altro esempio del contratto medesimo si ha nel caso in cui un terzo, volendo lasciare ad una persona un attestato della sua liberalità, pattuisca che l'assicuratore, mediante premio, sarà tenuto a pagare una somma a quella persona dopo la morte di lui.

Non può negarsi che, nell' un caso e nell'altro, l'assicurazione non ha per fine di fare indenni gli eredi o i terzi della perdita di una persona che sia loro cara, dappoichè tal perdita è inestimabile. Però quella tende a riparare il danno materiale che la morte può produrre alla loro fortuna, privandoli del precipuo mezzo di loro esistenza; e sotto questo rapporto somiglia molto all' assicurazione terrestre (1). In questa specie di assicurazione, l'assicurato non è, a dir vero, quegli della cui vita si calcola, ma sibbene colui che, sopravvivendo a quest'ultimo, si avvantaggia dell'assicurazione.

Del resto, egli è lecito assicurare la propria vita come quella di un terzo, *allorchè* si abbia interesse alla esistenza di costui. E però un padre può ben stipulare che in ricambio del premio ch' ei deve pagare, gli sarà pagata una somma se mai il figlio, che col proprio lavoro dee sovvenire ai bisogni del padre nella sua vecchiezza, muoia prima di lui (2).

588. Il contratto di assicurazione sulla vita si manifesta pure sotto un altro aspetto, cioè quando l' assicuratore, mediante un premio, si obbliga pagare all' assicurato o ad un terzo, sia un capitale, sia un'annua rendita in un tempo stabilito, se mai in questo tempo l'assicurato o il terzo sia ancora in vita. A torto si è oppugnata la validità di siffatta convenzione, sotto il pretesto che racchiuda una scommessa (3); in essa non si rinvengono gli elementi del contratto a cui l'art. 1965 (1837) *non ha* dato azione, mentre suo unico scopo si è di scansare i rigori della malattia o della vecchiezza. L'assicurato acquista sicurtà pel tempo in cui o a cagione dell' età, o per le infermità, non potrà sovvenire ai suoi bisogni col lavoro delle sue mani; ovvero procura che i suoi figli, giunti a certa età, trovino una somma destinata a facilitare il loro collocamento. Questa convenzione ha, come la prima, uno scopo morale e lecito; essa è formata per prevenire un danno grave; e poichè riunisce tutti i caratteri del contratto di assicurazione, non può dubitarsi della sua validità (4).

589. Noi non immoreremo di più sopra queste nozioni generali, perocchè lo svolgimento della materia delle assicurazioni appartiene a speciali trattati. È tempo occuparci adesso dei contratti aleatorî che formano obbietto del nostro titolo, e dei quali, come fa il Codice, parleremo in due distinti capitoli.

(1) *Vedi* Troplong (nn. 154, 170).

(2) Limoges, 2 dic. 1836; Rig. 14 dic. 1853 (S. V., 37, 2, 182; 54, 1, 113; Dalloz, 54, 1, 368; J. P., 1854, t. 1, p. 117).

(3) *Vedi* Alauzet (*delle Assicuraz.* t. II, n. 348).

(4) *Vedi* Troplong (n. 168); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 20, nota 5).

CAPITOLO I.

DEL GIUOCO E DELLA SCOMMESSA.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

SOMMARIO.

I. 590. *Del giuoco considerato come sollazzo.*—*591. Del giuoco considerato sotto il profilo giuridico: definizione.* — *592. Del fine che si propongono i giuocatori.* — *593. Diverse specie di giuoco.* — *594. Legislazione romana sul giuoco.* — *595. Diritto antico.* — *596. Continuazione.* — *597. Legislazione penale.*
II. 598. *Della scommessa: definizione.* — *599. Diritto romano.* — *600. Antico diritto francese.*
III. 601. *Reassunto: differenza stabilita tra il giuoco e la scommessa, tanto in diritto romano che nell' antico diritto francese.* — *602. Tal differenza non è stata ammessa dai redattori del Codice, i quali collocano il giuoco e la scommessa nella medesima linea. La nuova legge si allontana in altri punti dalle regole dell'antico diritto e segnatamente del diritto romano.* — *603. Il giuoco e la scommessa costituiscono oggi dei contratti* civili; *essi sono la fonte di una obbligazione* civile *: controversia.* — *604.* Secus *in ciò che risguarda la scommessa sull' elevamento o sul ribasso degli effetti pubblici.* — *Passaggio.*

I. — 590. Non è necessario definire il giuoco come divertimento o sollazzo, e ciascun ben intende che, ravvisato sotto questo profilo, il giuoco, semplice esercizio di ricreazione, nulla presenti che non sia pienamente conforme alla morale e al diritto di natura. Chi può negare all' uomo di cercare nel giuoco un onesto sollazzo, un utile riposo, e di interrompere per siffatto modo i lavori ordinarî cui ripiglierà con più ardore dopo alcune ore di distrazione?

« Otia corpus alunt, animus quoque pascitur illis. »

(Gli ozî esca del corpo e della mente).

Non è difficile che il giuoco ripeta sua origine da quegli onesti e moderati esercizî in cui l'emulazione, il desiderio di vincere il rivale erano solo stimolo al giocatore, e in cui il solo onore della vittoria bastava al vincitore. Nei tempi in cui la guerra era la precipua e quasi unica occupazione, cotesti esercizî consistevano senza dubbio in corse, in giostre, in tornei, cose tutte che richiedendo agilità e destrezza, contribuivano a sviluppare le forze fisiche e a conservare il coraggio.

591. Considerato dal profilo giuridico e come un contratto, il giuoco è una convenzione per la quale i contraenti promettono reciprocamente che il succombente pagherà una certa somma ovvero rilascerà tal altra cosa determinata al vincitore; e sebbene costui non dia nulla in ricambio di ciò che ha ricevuto, tuttavia mal potrebbe considerarsi come donatario, avvegnachè il guadagno da lui fatto sia il valore o il prezzo del rischio da lui corso di perdere la stessa somma o la medesima cosa se mai il rischio gli fosse tornato contrario. Tale è il carattere del contratto

di giuoco, il quale è interessato dall' una parte e dall'altra e cagione di rischio per ambo i contraenti, dappoichè, nel momento in cui il contratto si forma, è incerto chi dei due giuocatori risulterà debitore (1).

592. Il carattere del contratto varia a seconda il fine che si propongono i contraenti nel giuoco. Può giuocarsi per semplice distrazione, per avere un piacevole divertimento, poco o nulla dispendioso: è questo il giuoco *disinteressato*, nel quale, quando pure si prometta una somma, il prezzo è così tenue che in realtà nè costituisce guadagno per chi lo riceve, nè perdita considerevole per colui che lo paga. Ma può anche giocarsi, non per semplice distrazione, ma per solo fine di guadagno e per arricchirsi a danno dell'altra parte: è questo il giuoco *interessato o forte giuoco*, nel quale si scommettono considerevoli somme la cui perdita riesce grandemente dannosa a colui che la subisce. Il giuoco *disinteressato* è morale ed onesto; all'incontro, il giuoco *interessato* è riprovato dalla morale e dal diritto positivo (2).

593. Il giuoco, sia o no interessato, considerato nelle sue condizioni costitutive, può dividersi in tre specie. — In primo luogo v'ha il giuoco di mero azzardo, nel quale l'avvenimento che deve decidere del guadagno o della perdita è affatto abbandonato al capriccio della fortuna: tale è il giuoco detto *la roulette*. Inoltre v'ha il giuoco misto di azzardo e di abilità, nel quale or la destrezza la vince sulla fortuna, or questa su quella, sebbene il giuoco venga sempre accompagnato da tali rischi che rendon vano ogni calcolo e qualsivoglia abilità: tali sono in gran parte i giuochi di carte. Finalmente v'ha il giuoco di sola destrezza, nel quale la sorte non esercita in generale veruna influenza, sebbene talune circostanze e certe influenze possano modificare il risultato possibile a prevedersi dalla forza o dall'abilità già conosciuta del giuocatore.

Questa divisione dei giuochi in varie specie, conserva in parte anche ai dì nostri, tanto nel diritto civile che nel penale, lo interesse pratico che offriva un tempo.

594. In Roma, i giuochi che sviluppavano la destrezza ed esercitavano il corpo vennero in grandissimo onore. Virgilio, nel quinto libro della *Eneide*, rammenta le lotte e i combattimenti che divertivano il popolo nei dì solenni. Simili giuochi che per lungo tempo furon delizia di un popolo grandemente bellicoso, ebbero sempre favore ed incoraggiamento da parte del legislatore.

Ma pel contatto della civiltà dell'Oriente, avvenne che i giuochi di azzardo s' introdussero a loro volta nei costumi romani, e il gusto per quelli svilupposi con tanta energia che il legislatore fu costretto a provvedervi. Da ciò il senato consulto ricordato da Paolo nella legge 2, § 1, ff. *De Aleat*. Questo senato consulto, di cui non si conosce precisamente la data, e che secondo la espressione del Pothier, « può essere del tempo di Settimio Severo o di alcuno dei suoi precessori, » proibì di giuocar moneta a qualunque giuoco si fosse, tranne a quei giuochi che servissero ad esercitare il corpo: « Senatus consultum « vetuit in pecuniam ludere: praeterquam « si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, « vel currendo, saliendo, luctando, pu- « gnando; quod virtutis causa fiat. » (Legge succitata). Fu soltanto permesso di rischiare, pur in giuoco di azzardo, lo scotto che si dovesse in un banchetto: « Quod in convivio, vescendi causa poni- « tur, in eam rem *familiae* (3) ludere

(1) Pothier (*Del giuoco*, nn. 1 e 2).

(2) Id. (n. 29).

(3) Secondo Cujacio (*Osserv. de aleat.*), il cui parere è stato seguito da Pothier (*Pand. e Trat. del giuoco*, n. 41, nota dell' edizione del 1766); converrebbe sostituire la parola *alea* alla voce *familiae*, la quale, al dire di quegli scrittori, non dà verun significato. Nondimeno Favre conserva il testo. — « Ratio dubitandi. Non ludunt virtutis « causa qui vescendi causa ludunt, sed ut gulae « potius inserviant.. Dec. Honesta causa ludendi « est etiam in pecunia, ad vescendum in convivio,

« permittitur. » (L. 4 pr., ff. *De Aleat)*. Laonde quel divieto fu quasi assoluto e portò come effetto il diniego di qualsivoglia azione a fin di reclamare in giudizio ciò ch'era stato guadagnato nel giuoco. Il senato-consulto andò ancora più lungi, perocchè concedette al perdente un' azione diretta per ripetere dal querelante ciò che gli era stato pagato come prezzo del giuoco. Il figlio poi e il liberto che, pel rispetto dovuto al padre e al patrono, non potevano avere un'azione diretta a cui tenesse dietro la nota d'infamia (l. 11, § 1, ff. *De dolo malo*), avevano contro il padre o il patrono, un'azione *utilis o in factum* (l. 4, § 2. ff. *De Aleat.*), la quale, al dire di Pothier, « non conducendo alla infamia, valeva al medesimo scopo (1). »

Il pretore, che concedeva quest' ultima azione, si era espresso con disposizioni più generali. Ei dichiarava infami i giuocatori di abitudine (*aleatores*), e stimava sì poco degni di protezione coloro che tenevano case di giuochi di azzardo che se per avventura vi si commettesse un furto a loro danno, ovvero se venissero battuti o insultati nel tempo che tenevano aperte al giuoco le loro case, il pretore negava loro ogni azione onde ottenere la riparazione del danno sofferto. « Praetor ait: Si quis « eum, apud quem alea lusum esse di- « cetur, verberaverit, damnumve ei dede- » rit, sive quid eo tempore dolo ejus sub- « stractum est, *judicium non dabo*. In « eum, qui aleae ludendae causa vim in- « tulerit, uti quaeque res erit, animadver- « tam. » (L. 1, ff. *De aleat)*.

Nè cotali disposizioni sembrarono pur sufficienti a Giustiniano. Non può negarsi che nelle costituzioni di questo imperatore si rinvengono e il divieto, contenuto nel mentovato senato-consulto, di giuocare moneta a qualsifosse giuoco, e la eccezione ammessa in favore di taluni giuochi utili ad esercitare il corpo, e ridotti a cinque da Giustiniano (*Deinceps vero ordinet quinque ludos, Monobolon, Contomonobolon, Quintanum contacem sine fibula, et perichyten et hippicem, quibus sine dolo atque callidis machinationibus ludere permittimus*). Ma in ambo i rapporti le Costituzioni di Giustiniano mostraronsi più rigorose del Senato-consulto. E dapprima, in ordine ai giuochi ammessi per eccezione, mentre il Senato-consulto non avea determinato la somma che vi si potesse giuocare, le Costituzioni ne stabilirono lo ammontare ad un solido, quando i giuocatori fossero stati ricchissimi (*sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum*, si multum dives sit : *ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat*). Inoltre, in riguardo ai giuochi proibiti, Giustiniano, conservando il diritto conferito al perdente dal Senato consulto di ripetere la somma pagata per soddisfacimento di un debito di giuoco, vi aggiunse notevolmente: da una parte, perchè affrancò l'azione di ripetizione dalla prescrizione ordinaria di trenta anni, dichiarando che l' azione sarebbe estinta dopo cinquanta anni; da un'altra parte, perchè egli volle che gli ufficiali municipali della città in cui si era giocato in ispreto al divieto della legge, esercitassero essi medesimi l'azione di ripetizione se per avventura il giocatore o i suoi eredi avessero trascurato di farlo, ed impiegassero in opere di pubblica autorità le somme ricavate dall'esercizio del dritto di ripetizione (l. 1, 2, 3, C. *De Aleatoribus et alearum lusu*). Per tal modo il vincitore poteva assai difficilmente sperare di conservare il guadagno che avesse potuto ricavare dal giuoco; con che il legislatore intese a reprimere la passione funesta che si era così largamente sviluppata nei costu-

« cum ea ratione *familiaritatis* et concordia inter « eos qui ex eadem familia sunt melius retineatur, « nec possit quantitas pecuniae in immensum « excrescere, nec tam facile rixarum et odii ma- « teriam excitare... » *Rat. in secund. part. pand.*, lib. XI, tit. V). — *Vedi* pure l'opinione di D. Pilette in un pregevole lavoro sul giuoco e sulla scommessa (*Reveu prat.*, t. XIV, p. 472).

(1) Pothier (nn. 40 e seg., nota della edizione del 1766).

mi romani, ben considerando che mettendo il vincitore nella necessità per così dire inevitabile di restituire il guadagno, venisse tolto il più potente incentivo che spingeva a giocare.

595. Il giuoco era pure una passione dominante appo i Germani, i quali vi si abbandonavano con tale ardore ed audacia che, al dir di Tacito, allorchè non avevano più nulla da scommettere, promettevano la loro libertà ed anche la loro persona: « Aleam (quod mirere) sobrii inter seria « exercent, tanta lucrandi perdendive temeritate, ut cum omnia defecerunt, extremo « ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendant. Victus voluntariam ser« vitutem adit, quamvis junior, quamvis ro« bustior, alligari se ac venire patitur: ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant (1). »

596. I nostri antenati, discendenti dei Romani e dei Germani, non deviarono sotto quel rapporto dalla loro origine. Essi ebbero pure pei giuochi di azzardo una passione sfrenata della quale parteciparono gli uomini chiesiastici e quelli appartenenti agli ordini sacri, diguisachè l'autorità sì spirituale che civile, sentì il bisogno di provvedervi. Nello 813 il concilio di Maienza, se non il primo, al manco fu uno dei primi a proibire i giuochi di azzardo, e i suoi divieti ebbero eco nei capitolari di Carlomagno. Le stesse proibizioni trovansi pienamente confermate e determinate nelle ordinanze di San Luigi nel 1254, di Carlo il Bello nel 1319, e specialmente in quella di Carlo V nel 1369, il quale, dopo avere proibito i giuochi dei dadi, della tavola reale, dei birilli, della palla, e in generale tutti i giuochi, eccettuava ad esempio del Senatoconsulto e delle Costituzioni dei Romani, i giuochi che esercitavano alle armi. Appresso, quei divieti furono successivamente rinnovati ed estesi, salve le medesime eccezioni, a misura che lo spirito inventivo dei giuocatori, per eludere la legge, trovò nuovi modi e creò giuochi novelli. Può citarsi l'ordinanza di Carlo VIII, fatta per la polizia delle prigioni del Castelletto di Parigi; le ordinanze di Carlo IX dette d'Orleans (art. 101), e di Moulins (art. 59); la dichiarazione di Luigi XIV (1691); finalmente la dichiarazione reale del 1 marzo 1781, che è stato l'ultimo monumento del nostro antico diritto francese in tal materia.

Siffatte disposizioni legislative collimavano in taluni punti colla legislazione romana; dappoich' esse da una parte, nel proibire tutti i giuochi di azzardo, ad eccezione di quelli che giovavano ad esercitare il corpo, colpivano con estremo rigore più che i giuocatori, coloro che tenevano case di giuoco, i quali erano sottoposti a gravissime ammende ed a pene infamanti; dall'altra parte negavano ogni azione in giudizio per debiti al giuoco, dichiarando « nullo e di niuno effetto ogni contratto, obbligazione, promessa, biglietto, vendita, cessione e qualsivoglia altro atto di qualsifosse natura che avesse per causa un debito di giuoco, sia che fatto da *maggiori* o da minori. » (Dichiarazione del 1 marzo 1781). — Ma esse differivano dal diritto romano in un punto importante. Mentre a Roma il legislatore cercò frenare la passione del giuoco con organare con molto rigore il diritto di ripetizione, in Francia, al contrario, le antiche ordinanze vietarono per principio la ripetizione. L'ordinanza di Moulins, pubblicata nel 1556, la concedeva soltanto per eccezione *ai minori*. « Ordiniamo, essa diceva, che i danari e i beni perduti nei giuochi di azzardo *potranno essere ripetuti dai minori*, dai loro genitori, tutori e curatori o prossimi parenti. Vogliamo che tali beni siano loro restituiti per impiegarli a vantaggio dei suddetti minori e per evitare la loro rovina e distruzione, *restando però interdetti i giuochi tra maggiori, rispetto ai quali vogliamo che siano osservate e tenute presenti dai nostri giudici le ordinanze dei nostri precessori.* » (Art. 59). Il che senza dubbio significava che l'azione di ripetizione, specialmente ammessa in favore dei

(1) Tacito (*De Mor. Germ.*, § XXIV).

minori; veniva negata ai maggiori, i quali, per confessione di tutti, non poteano ripetere ciò che aveano volontariamente pagato per soddisfacimento di un debito di giuoco. Egli è vero che sostenendo un contrario avviso potrebbe allegarsi il testo seguente della dichiarazione del 1611: « Proibiamo ad ogni persona di tenere biscazze, o di adunarsi per giuocare alle carte o ai dadi, come pure ai proprietarî possessori o locatarî delle case, di riceververi coloro che terranno biscazze o giuocheranno ai detti giuochi, sotto pena di ammenda, d'altra punizione, se occorra, e di essere in loro proprio e privato nome responsabili della perdita delle somme che vi si farà, *e tenuti alla restituzione delle medesime*.... » Ma Pothier giudiziosamente considera che la ripetizione non era data contro il giuocatore, ma sibbene contro colui che avea prestato la sua casa a fin di giuocarvi, il quale venia in tal modo punito per aver dato luogo alla perdita subita nel giuoco (1).

Tale era lo stato della legislazione civile sul contratto del giuoco al tempo della redazione del Codice Napoleone.

597. In riguardo alla legislazione penale sul medesimo obbietto, bench'essa sia estranea per se stessa alle regole del diritto civile, non riuscirà inutile pertanto d'indicarne le vicende. Il decreto dei 19-21 luglio 1791, tit. II, art. 36, riprodusse, pur modificandole, le rigorose disposizioni dell' antica legislazione contro coloro che tenevano case di giuochi di azzardo: ai termini di quel decreto, la sanzione penale consisteva in forti ammende e nella pena del carcere. Più tardi, nel 20 giugno 1806, un altro decreto conservò quella penalità nel suo insieme; ma nel tempo stesso venne notevolmente derogando alla proibizione assoluta, perocchè autorizzò il ministro della polizia a pubblicare speciali regolamenti per la città di Parigi e pei luoghi in cui esistevano acque minerali. Avvenne per ciò che vi furon case autorizzate in cui davasi a giuocare, sulle quali esercitando una vigilanza incessante e rigorosa, erasi sperato contenere la passione del giuoco che andava di giorno in giorno sviluppandosi, al modo stesso che autorizzando talune case la cui esistenza diveniva pubblica, erasi creduto impedire la formazione di stabilimenti clandestini. Ma l' esperienza mostrò quanto tali speranze fossero vane; e il governo cedendo infine all'opinione pubblica, sottopose alle camere una legge che sopprimea le case di giuoco a contare dal 1 gennaro 1838 (legge del 21 ag. 1836). Da quest' epoca, gli art. 410, 475, 5° e 477 del Codice penale, che aveano sostituito il decreto del 1791, hanno ripreso il loro impero su tutto il territorio francese.

II. — **598** Lasciamo per un istante il contratto di giuoco, al quale ritorneremo ben presto, ed occupiamoci della scommessa, di cui conviene presentare egualmente la storia.

La scommessa è una convenzione per la quale più individui che sono di contrario parere sopra un punto qualunque, convengono che coloro il cui avviso sarà riconosciuto contrario al fatto pagheranno agli altri una certa somma o daranno loro una cosa determinata.

Pare che la scommessa non sia stata obbietto di rigorose disposizioni come il giuoco.

599. La legislazione romana non la proibì in modo assoluto, perocchè dai testi risulta che la scommessa fosse valida per principio, e interdetta solo allora che interveniva in occasione di giuochi illeciti e proibiti. « In quibus rebus ex lege Titia, et Publicia et Cornelia *etiam sponsionem facere licet*. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, *non licet*.» (L. 3, ff. *De Aleat.*). — Quindi non era lecito scommettere pel vincitore nei giuochi proibiti dalle Costituzioni o dai Senato-consulti; ma fuori di questo caso, la scommessa costituiva una convenzione perfettamente valida che del resto nell' uso avea le sue forme diverse; e venia stabilita ora per

(1) Pothier (n. 48).

mezzo del deposito dei premî nelle mani di un terzo (l. 17, § 5, ff. *De Praescr. verb. et in fact. act.*), ora per mezzo d'una *sponsio* reciproca colle forme del contratto verbale (*stipulatio et restipulatio*).

A dir vero, i testi della legge romana, e specialmente quello della legge 3, *De Aleat.*, qui sopra trascritto, sono stati interpretati in modo più ristretto; sì che taluni scrittori hanno argomentato che la legge abbia voluto proibire ogni scommessa tranne quella che fosse intervenuta nei giuochi eccezionalmente permessi, cioè in quelli che servivano a sviluppare le forze fisiche. Ma si è fatto osservare con ragione che la legge summentovata avea una estensione affatto relativa, e che il legislatore, occupandosi del giuoco, ch' è frequente occasione di scommesse, era venuto convalidando la scommessa fatta in occasione di certi giuochi, omettendo di regolare la validità della scommessa in generale (1). Difatti il testo della legge 17, § 5, ff. *De Praescr. verb.*, conferma siffatta idea. « Si « quis, ivi sta detto, *sponsionis causa* an« nulos acceperit, nec reddit victori, prae« scriptis verbis actio in eum competit. Nec « enim recipienda est Sabini opinio, qui « condici et furti agi ex hac causa putat. « Quemadmodum enim rei nomine, cuius « neque possessionem, neque dominium « victor habuit, aget furti? Plane, si in « honesta causa sponsionis fuit, sui annuli « dumtaxat repetitio erit. » Questo testo è generico; da esso risulta, non già che il vincitore non potesse ottenere coll'azione *praescriptis verbis* il rilascio del premio se non quando la scommessa fosse stata fatta in occasione di tale o tal altro giuoco lecito o eccezionalmente permesso, ma che l' azione appartenesse al vincitore in qual si fosse scommessa, per qualunque cagione, purchè onesta. Dal che ben si scorge che in principio generale, la scommessa costituiva una convenzione lecita e perfettamente valida nella legislazione romana, e che, nel caso in cui essa formavasi per cagion disonesta, ciascuna delle parti, il vincitore ed il vinto, non poteva altro ripetere dal terzo depositario degli oggetti impegnati nella scommessa se non ciò che era stato depositato da lei.

600. Nella nostra antica legislazione francese erano prevalse le stesse idee. Anche qui non esistevano disposizioni precise sulla scommessa; e taluni scrittori, adottando le interpretazioni ristrettive da noi già combattute, non riputavano valida la convenzione se non quando intervenisse in occasione di giuochi capaci ad esercitare il corpo. Ma l'opinione contraria era più accreditata, di tal che nella scommessa scorgevasi una convenzione perfettamente valida, quante volte le cagioni non vi erano immorali o contrarie alla legge (2): parecchie decisioni consacravano cotesta dottrina (3). Tale era pure il pensiero dominante delle legislazioni straniere, specialmente nei porti d'Italia in cui le assicurazioni con pegno erano molto usitate (4).

Del resto, nell'antico diritto francese, le forme erano le stesse di quelle del diritto romano, quelle medesime che oggidì si rinvengono nell'uso. Si deponeva la somma o l'oggetto della scommessa nelle mani di un terzo, e la convenzione prendeva in tal caso il nome di *gageure* (scommessa), perchè accompagnata dalla consegna di un *gage* (pegno). Al dir di Loyseau, il vincitore della scommessa avrebbe potuto agire in giudizio nel solo caso in cui il contratto fosse intervenuto in quella forma. « Parimenti, egli dice, può dirsi che in Francia la giustizia contenziosa non riconosce altre scommesse che quelle che si fanno colla consegna del pegno; dappoichè il vocabolo *gager* (dare in pegno) suppone che v'abbia consegna attuale: e taluni invece di *gager*

(1) *Vedi* Pilette (Riv. prat., t. XIV, p. 479 e seg.).

(2) *Vedi* Loyseau (*Cessione*, lib IV, cap. III, n. 15); Danty (p 229).

(3) *Vedi* Danty (p. 234); Brillon (alla parola *Gageure*). — Decisione del Parlamento di Tolosa del 1668 (Catellan, lib. V, cap. LXI).

(4) Emerigon (p. 6).

(dare in pegno) dicono *mettre* (porre), e chiamano *misaille* (posta) la scommessa. E i romani han dato azione alle semplici *sponsioni*, perch'essi attribuivano forza ed energia alla stipulazione, la quale era per se sufficiente a produrre azione, benchè fosse stata fatta senza causa: in Francia però non si usa tanto rigore; di tal che colui il quale vuol fare una scommessa dove richiedere la consegna del pegno; in tal caso la convenzione è tollerata, perocchè in simili materie le parti vengon messe facilmente fuori processo, troncando tali dimande colla massima del titolo: *Quarum rerum actio non datur*; in siffatta guisa il possesso prevale. Che se talvolta coloro che vogliono scommettere, fidandosi l'uno dell'altro, promettano reciprocamente, ciò serve per fare onta a colui che non vuol pagare, non per procedere contro di lui in giudizio (1). »

Nondimeno, due altre forme erano parimente in uso, le quali, checchè ne dica Loyseau, non escludevano il diritto di procedere in giudizio. Coll'una, ch'è quella appunto rammentata dallo stesso Loyseau e da lui stimata priva d'azione, le parti si legavano per mezzo di una promessa reciproca: questa era la *sponsio* dei Romani. L'altra consisteva in ciò, che l'una delle parti consegnava all'altra una somma per farla propria ove per avventura guadagnasse la scommessa, o per restituirla al doppio o al triplo, se mai la perdesse.

III. — 601. Dalle cose esposte si scorge come, sia in diritto romano, sia nel nostro antico diritto francese, vi fosse tra il giuoco e la scommessa una differenza notevole: il giuoco non esisteva come contratto; era illecito e proibito, se ne togli taluni giuochi specialmente indicati, i quali erano permessi per eccezione; all'incontro, la scommessa era per principio valida, e quindi riconosciuta in giudizio, purchè nella sua causa o nel suo oggetto non fosse contraria alla legge, alla morale, al pubblico costume. Intanto si è voluto indagar la ragione di cotesta differenza; e gli scrittori antichi, i quali avevano contribuito a stabilirla, ne davan ragione dicendo che la scommessa non offra pericoli così gravi come il giuoco. E sopratutto lo Scaccia, la cui opinione è stata minutamente analizzata da Troplong, venia dimostrando che, a differenza del giuocatore, chi scommette agisca piuttosto pel soddisfacimento di un desiderio o di una speranza, anzichè per amor di guadagno. E dato pure, egli diceva, che si scommetta a fin di procurarsi un guadagno, sarà sempre vero che la condizione di chi scommette non è tanto pericolosa come quella del giuocatore. Costui nel momento in cui comincia a giuocare non conosce le perdite che può subire; trascinato suo malgrado e dominato in caso di perdita dal desiderio di ricuperare i valori perduti, può essere indotto a compromettere fino il suo patrimonio e l'avvenire dei suoi figli. Chi scommette però non è esposto a nulla di simile; per lui, la perdita è limitata, avvegnachè conosca anticipatamente che la perdita a cui egli si espone non potrà mai oltrepassare il valore del premio stabilito. Che se può ben avvenire che alla prima scommessa un'altra ne tenga dietro, tuttavia non si avrà mai in simil caso il trasporto e la passione che sono propri del giuoco e che privano il giuocatore dell'uso della ragione (2).

Siffatte considerazioni sembreranno forse ingegnose; ma le non sono tali, come ha ben dimostrato Troplong, da illudere la ragione o la coscienza.

Al postutto, la scommessa, se ben si rifletta, accoglie tutti i vizi del giuoco, e può, come questo, esser cagione di rovina; quindi non meritava per alcun verso il maggior favore che si ebbe.

602. Così hanno pensato i redattori del Codice, i quali su tal punto, abbandonando

(1) Loyseau (*loc. cit.*, nn. 13 e 14).
(2) Scaccia (§ 1, q. 1, n. 95), citato da Troplong (nn. 88 e 94).

mezzo del deposito dei premî nelle mani di un terzo (l. 17, § 5, ff. *De Praescr. verb. et in fact. act.*), ora per mezzo d'una *sponsio* reciproca colle forme del contratto verbale (*stipulatio et restipulatio*).

A dir vero, i testi della legge romana, e specialmente quello della legge 3, *De Aleat.*, qui sopra trascritto, sono stati interpretati in modo più ristretto; sì che taluni scrittori hanno argomentato che la legge abbia voluto proibire ogni scommessa tranne quella che fosse intervenuta nei giuochi eccezionalmente permessi, cioè in quelli che servivano a sviluppare le forze fisiche. Ma si è fatto osservare con ragione che la legge summentovata avea una estensione affatto relativa, e che il legislatore, occupandosi del giuoco, ch' è frequente occasione di scommesse, era venuto convalidando la scommessa fatta in occasione di certi giuochi, omettendo di regolare la validità della scommessa in generale (1). Difatti il testo della legge 17, § 5, ff. *De Praescr. verb.*, conferma siffatta idea. « Si « quis, ivi sta detto, *sponsionis causa* annulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec « enim recipienda est Sabini opinio, qui « condici et furti agi ex hac causa putat. « Quemadmodum enim rei nomine, cuius « neque possessionem, neque dominium « victor habuit, aget furti? Plane, si in « honesta causa sponsionis fuit, sui annuli « dumtaxat repetitio erit. » Questo testo è generico; da esso risulta, non già che il vincitore non potesse ottenere coll'azione *praescriptis verbis* il rilascio del premio se non quando la scommessa fosse stata fatta in occasione di tale o tal altro giuoco lecito o eccezionalmente permesso, ma che l' azione appartenesse al vincitore in qual si fosse scommessa, per qualunque cagione, purchè onesta. Dal che ben si scorge che in principio generale, la scommessa costituiva una convenzione lecita e perfettamente valida nella legislazione romana, e che, nel caso in cui essa formavasi per cagion disonesta, ciascuna delle parti, il vincitore ed il vinto, non poteva altro ripetere dal terzo depositario degli oggetti impegnati nella scommessa se non ciò che era stato depositato da lei.

600. Nella nostra antica legislazione francese erano prevalse le stesse idee. Anche qui non esistevano disposizioni precise sulla scommessa; e taluni scrittori, adottando le interpretazioni ristrettive da noi già combattute, non riputavano valida la convenzione se non quando intervenisse in occasione di giuochi capaci ad esercitare il corpo. Ma l'opinione contraria era più accreditata, di tal che nella scommessa scorgevasi una convenzione perfettamente valida, quante volte le cagioni non vi erano immorali o contrarie alla legge (2): parecchie decisioni consacravano cotesta dottrina (3). Tale era pure il pensiero dominante delle legislazioni straniere, specialmente nei porti d'Italia in cui le assicurazioni con pegno erano molto usitate (4).

Del resto, nell'antico diritto francese, le forme erano le stesse di quelle del diritto romano, quelle medesime che oggidì si rinvengono nell'uso. Si deponeva la somma o l'oggetto della scommessa nelle mani di un terzo, e la convenzione prendeva in tal caso il nome di *gageure* (scommessa), perchè accompagnata dalla consegna di un *gage* (pegno). Al dir di Loyseau, il vincitore della scommessa avrebbe potuto agire in giudizio nel solo caso in cui il contratto fosse intervenuto in quella forma. « Parimenti, egli dice, può dirsi che in Francia la giustizia contenziosa non riconosce altre scommesse che quelle che si fanno colla consegna del pegno; dappoichè il vocabolo *gager* (dare in pegno) suppone che v'abbia consegna attuale: e taluni invece di *gager*

(1) *Vedi* Pilette (Riv. prat., t. XIV, p. 479 e seg.).
(2) *Vedi* Loyseau (*Cessione*, lib. IV, cap. III, n. 15); Danty (p. 229).
(3) *Vedi* Danty (p. 234); Brillon (alla parola *Gageure*). — Decisione del Parlamento di Tolosa del 1668 (Catellan, lib. V, cap. LXI).
(4) Emerigon (p. 6).

(dare in pegno) dicono *mettre* (porre), e chiamano *misaille* (posta) la scommessa. E i romani han dato azione alle semplici *sponsioni*, perch'essi attribuivano forza ed energia alla stipulazione, la quale era per se sufficiente a produrre azione, benchè fosse stata fatta senza causa: in Francia però non si usa tanto rigore; di tal che colui il quale vuol fare una scommessa dove richiedere la consegna del pegno; in tal caso la convenzione è tollerata, perocchè in simili materie le parti vengon messe facilmente fuori processo, troncando tali dimande colla massima del titolo: *Quarum rerum actio non datur*; in siffatta guisa il possesso prevale. Che se talvolta coloro che vogliono scommettere, fidandosi l'uno dell' altro, promettano reciprocamente, ciò serve per fare onta a colui che non vuol pagare, non per procedere contro di lui in giudizio (1). »

Nondimeno, due altre forme erano parimente in uso, le quali, checchè ne dica Loyseau, non escludevano il diritto di procedere in giudizio. Coll' una, ch' è quella appunto rammentata dallo stesso Loyseau e da lui stimata priva d'azione, le parti si legavano per mezzo di una promessa reciproca: questa era la *sponsio* dei Romani. L'altra consisteva in ciò, che l'una delle parti consegnava all' altra una somma per farla propria ove per avventura guadagnasse la scommessa, o per restituirla al doppio o al triplo, se mai la perdesse.

III. — 601. Dalle cose esposte si scorge come, sia in diritto romano, sia nel nostro antico diritto francese, vi fosse tra il giuoco e la scommessa una differenza notevole: il giuoco non esisteva come contratto; era illecito e proibito, se ne togli taluni giuochi specialmente indicati, i quali erano permessi per eccezione; all'incontro, la scommessa era per principio valida, e quindi riconosciuta in giudizio, purchè nella sua causa o nel suo oggetto non fosse contraria alla legge, alla morale, al pubblico costume. Intanto si è voluto indagar la ragione di cotesta differenza; e gli scrittori antichi, i quali avevano contribuito a stabilirla, ne davan ragione dicendo che la scommessa non offra pericoli così gravi come il giuoco. E sopratutto lo Scaccia, la cui opinione è stata minutamente analizzata da Troplong, venia dimostrando che, a differenza del giuocatore, chi scommette agisca piuttosto pel soddisfacimento di un desiderio o di una speranza, anzichè per amor di guadagno. E dato pure, egli diceva, che si scommetta a fin di procurarsi un guadagno, sarà sempre vero che la condizione di chi scommette non è tanto pericolosa come quella del giuocatore. Costui nel momento in cui comincia a giuocare non conosce le perdite che può subire; trascinato suo malgrado e dominato in caso di perdita dal desiderio di ricuperare i valori perduti, può essere indotto a compromettere fino il suo patrimonio e l'avvenire dei suoi figli. Chi scommette però non è esposto a nulla di simile; per lui, la perdita è limitata, avvegnachè conosca anticipatamente che la perdita a cui egli si espone non potrà mai oltrepassare il valore del premio stabilito. Che se può ben avvenire che alla prima scommessa un'altra ne tenga dietro, tuttavia non si avrà mai in simil caso il trasporto e la passione che sono propri del giuoco e che privano il giuocatore dell'uso della ragione (2).

Siffatte considerazioni sembreranno forse ingegnose; ma le non sono tali, come ha ben dimostrato Troplong, da illudere la ragione o la coscienza.

Al postutto, la scommessa, se ben si rifletta, accoglie tutti i vizî del giuoco, e può, come questo, esser cagione di rovina; quindi non meritava per alcun verso il maggior favore che si ebbe.

602. Così hanno pensato i redattori del Codice, i quali su tal punto, abbandonando

(1) Loyseau (*loc. cit.*, nn. 13 e 14).

(2) Scaccia (§ 1, q. 1, n. 95), citato da Troplong (nn. 88 e 94).

le vestigia del diritto antico, e pareggiando del tutto il giuoco e la scommessa, han regolato le due convenzioni con disposizioni comuni ad ambedue.

Del resto, non vuolsi credere che i redattori del Codice abbiano modificato in questo punto soltanto i principi del diritto antico e specialmente del romano. Imperocchè essi da una parte, salvo una eccezione relativa alla scommessa intorno al rialzo o al ribasso degli effetti pubblici, eccezione alla quale ritorneremo da qui a poco (*infra*, n. 604), non han formulato il divieto ch'era scritto nel Senato-consulto attribuito « a Settimio Severo o a qualcuno dei suoi precessori » e nelle Costituzioni dell' imperatore Giustiniano. Ma ponendo come principio ciò che nella giurisprudenza romana era una conseguenza dedotta dalla proibizione stabilita dal legislatore (sopra, n. 594), i redattori del Codice Napoleone han detto che *la legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa* (art. 1965 (1837)), soggiungendo inoltre (e ciò ad imitazione dell'antico diritto civile, romano e francese), che nondimeno sono eccettuati da questa disposizione taluni giuochi di natura speciale e determinata (art. 1966 (1838)).

Da un'altra parte, i redattori del Codice hanno formalmente escluso l'azione di ripetizione nella quale la legislazione romana avea cercato un mezzo onde sopprimere il giuoco, e adottando la regola opposta consacrata virtualmente nel nostro antico diritto francese (sopra, n. 596), han disposto che, tranne il caso di dolo, di soperchieria o di truffa da parte del vincitore, il perdente nel giuoco o in una scommessa non potrà ripetere quanto avesse volontariamente pagato (art. 1967 (1839)).

Tutta quanta la teoria del Codice Napoleone intorno al giuoco e alla scommessa si riassume nelle disposizioni da noi ora analizzate, e delle quali dobbiamo esporre il commento.

603. Ma prima ci è forza osservare un'altra notevole differenza tra lo stato presente delle cose e l'antico circa allo argomento di che ci occupiamo; e ciò perchè delle quistioni, nelle quali c' imbatteremo nel corso del commento, moltissime si riferiscono a quel punto, sendovi in certa guisa subordinate. Il giuoco, come la scommessa, salvo il caso da noi eccettuato, anzichè formare obbietto, come presso i romani, di una proibizione formale, oggidì sono elevati al grado di contratti *civili*. Ciò risulta dall'esser quelli inseriti nel titolo *Dei Contratti aleatori*, fatto essenzialmente notevole messo in raffronto coll'articolo 1107 (1061), secondo il quale le regole speciali a *taluni contratti* sono stabilite sotto i titoli relativi a ciascuno di loro.

Da ciò vogliamo argomentare che *il contratto civile* del giuoco o della scommessa sia una fonte di obbligazione *civile*. Però tal dottrina è assai controvertita, e ha dato luogo a disparate opinioni.

Secondo un sistema assoluto, togliendo a base l'art. 138 dell'ordinanza di gennaro 1629 e talune opinioni manifestate nel tempo della discussione del Codice, si sostiene che il giuoco e la scommessa derivino da una cagione per se tanto ingiusta che mal potrebbero servir di principio ad una obbligazione qualunque, fosse pure civile o naturale. Difatti, questo appunto era detto nell'articolo succitato dell'ordinanza, dichiarandosi « nulli tutti i debiti contratti per giuoco, e nulle e di niun effetto e improduttive di obbligazioni *civili e naturali*, tutte le convenzioni e promesse fatte pel giuoco. » Lo stesso pensiero sembra aver guidato parecchi oratori i quali, nella discussione del presente titolo, additarono il giuoco e la scommessa non solo come indegni di produrre un'azione in giudizio, ma ben pure come convenzioni che di contratti non avessero se non il nome e la forma, e che in sostanza non meritassero veruna delle protezioni concedute dalla legge alle convenzioni ordinarie (1). Tali sono le ragioni che in questo sistema si fan valere

(1) *Vedi* specialmente l'*Esposizione dei motivi* di Portalis (Fenet, t. XIV, p. 539, 540 e 542;

per dimostrare che il giuoco non può essere la sorgente di alcuna obbligazione; e alla obbiezione nascente dall'art. 1967 (1839), il quale, negando al perdente il diritto di ripetere quanto abbia volontariamente pagato, assicura senza dubbio un effetto alla convenzione, si risponde che il soddisfacimento del debito di giuoco non sia un pagamento propriamente detto, perocchè non esisteva debito nè civile nè naturale; e che se la legge non permette la ripetizione di quello che si è pagato, gli è perch'essa non vuole che i giudici si occupino di una quistione di giuoco, e che pronunzino sulla domanda di colui che, giocando, ha violato egli stesso la legge che or viene invocando per impetrare la restituzione di quanto ha volontariamente pagato (1).

Secondo un altro sistema, ch'è quello di Pothier, si dice che il contratto di giuoco o di scommessa sia la fonte di una obbligazione, ma che questa obbligazione sia puramente naturale. L'obbligazione naturale, si dice, « è quella cui il legislatore, avendole prima negato la efficacia ordinaria, perocchè si trova sotto il peso di una presunzione generale d'inesistenza o d'invalidità, sanziona dipoi, dappoichè una esecuzione libera, una novazione volontaria, o qualche altro atto donde risulti la confessione del valore reale del debito, vien dimostrando al legislatore che la sua presunzione era in fallo per questo caso particolare (2). » Or secondo gli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839), questo fatto si avvera in riguardo al debito di giuoco o di scommessa. Difatti, il primo di quegli articoli stabilisce come presunzione generale che un tal debito sia irragionevole, privo di fondamento, indegno d'essere protetto, e come tale sfornito di azione; ma se il perdente, eseguendo liberamente la sua promessa, dimostri ch'ei l'ha trovata modesta, convenevole e proporzionata alla sua fortuna, la presunzione vien meno per effetto stesso della confessione che risulta dall'eseguito pagamento, di tal che l'art. 1967 (1839) nega la ripetizione. Con questo intendimento, gli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839) dipenderebbero qual corollario dall'art. 1235 (1188), il quale, partendo dall'idea che ogni pagamento suppone un debito, e che ciò ch'è stato pagato senza esser dovuto è soggetto a ripetizione, dichiara poi che « la ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno volontariamente adempiute. » È questa l'opinione dominante nella dottrina (3), la quale trova eco nelle osservazioni fatte nel tempo della discussione del Codice (4), ed appoggio in gran numero di decisioni, se non per la decisione, almanco per l'espressione dei motivi (5).

Finalmente, secondo un terzo sistema, che attigne qualcosa dai due precedenti, vien proposta una distinzione tra il caso in cui il giuoco non abbia trapassato i giusti limiti e quello in cui sia stato disordinato. Nel primo caso, si dice, il contratto è lecito siccome quello che nasce da cagione reale ed onesta, sicchè dev'esser la fonte di una obbligazione naturale. Ma nel secondo caso il contratto è stato una speculazione interessata; i giocatori non sono stati indotti dalla ragione ma strascinati dalla passione; il contratto diviene illecito, contrario ai costumi, e non partorisce obbligazione neppur naturale (6).

A nostro avviso, nessuno degli esposti sistemi ha dato nel vero giuridico.

L'ultimo, oltrechè ha il vizio di creare

Locré, t. XV, p. 173 e 174). — *Vedi* pure i discorsi di Simeone e Duvergier (Fenet, t. XIV, p. 550 e 558; Locré, t. XV, p. 186 e 198).

(1) *Vedi* Duranton (t. X, n. 370); Mourlon (t. III, p. 429 e 430, 5ª ediz.); Dalloz (alla parola *Giuoco*, n. 33); Toullier (t. VI, p. 493, in nota).

(2) Marcadè (t. IV, n. 669).

(3) *Vedi* Pothier (nn. 52 e seg). — Delvincourt (t. II, p. 117 e 452, nota 5; t. III, p. 232, e p. 418, nota 3); Toullier (t. VI, nn. 381 e 382); Mollot (n. 486); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 7, nota 21, e p. 417, nota 3); Massè e Vergè, sopra Zacharie (t. III, p. 345 e 346, note 9 e 10); Marcadè (*loc. cit.*); Larombière (art. 1235, n. 6).

(4) *Vedi* Locrè (t. XV, p. 187, 199 e 200); Fenet (t. XIV; p. 551 e 560).

(5) *Vedi* specialmente Ric., 30 maggio 1838; Colmar 29 gennaro 1841; Douai, 8 agosto 1857 (S. V., 38, 1, 733; 42, 2, 492; Dalloz, 38, 1, 226; 42, 2, 111; 58, 2, 46).

(6) *Vedi* Troplong (nn. 189 e 190).

una distinzione che non ha veruna base nella legge, ha poi l' inconveniente non meno grave di far nascere ad ogni momento l'incertezza e il dubbio. Imperocchè, ove trovasi il limite tra il giuoco lecito e quello disordinato? Come e con quali basi sarà determinato tal limite? Senza dubbio, converrà tenere in considerazione lo stato di fortuna dei giuocatori. Ma qual regola dovrà seguirsi nel caso che l'uno dei due sia ricchissimo e l' altro povero? Si avrà certamente riguardo allo stato di fortuna del perdente. Ma in questo caso se il più ricco avrà perduto, il vincitore, cioè colui che aveva intrapreso un giuoco illecito (giacchè per lui era disordinato) potrà dunque raccogliere il beneficio di un atto contrario alla morale e riprovato dalla legge! Come si scorge, questo sistema è condannato dalle conseguenze a cui potrebbe condurre, ed è poi sempre inaccettabile, non foss' altro per la incertezza e l'arbitrio a cui dà luogo.

Da un'altra parte, il primo sistema vuol essere respinto a causa della sua esagerazione. Questo sistema è l'eco della dottrina professata un tempo dai teologi, i quali, assegnando al giuoco una causa ingiusta, irreligiosa perchè costituiva una profanazione della sorte, sostenevano che esso non potesse esser causa di un'azione qualunque. Pothier, rispondendo a cotesta dottrina, avea già dimostrato non avere il giuoco in se stesso una cagione illecita; il vizio provenire esclusivamente dallo abuso che può farsi del giuoco; la sorte essere fuori quistione, nè al postutto esservi nulla d'ingiusto a che il vincitore, il quale ha corso il rischio di pagare se mai la fortuna gli fosse stata contraria, riceva il prezzo del rischio corso quando la fortuna lo avrà favorito. Or questo è vero sopratutto nello stato presente della legislazione. Imperocchè, da una parte, non solo la legge non ha formolato il divieto generale di giocare, ma pur nulla ha detto che richiami la disposizione dell'ordinanza del 1629, ai cui termini le convenzioni e le promesse fatte pel giuoco erano improduttive di *qualsifosse* *obbligazione civile e naturale*. Da un'altra parte, l'economia della legge esclude per se stessa l'idea che tali convenzioni abbiano una cagione illecita; nè di ciò è alcun dubbio, dappoichè l'art. 1967 (1839), negando la ripetizione, convalida il pagamento e quindi *dà effetto* alla convenzione per la cui esecuzione ebbe luogo il pagamento; il che non sarebbe possibile se la convenzione avesse una causa illecita, mentre l' art. 1131 (1085) del Codice positivamente dichiara che l'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o *illecita*, non può *avere alcun effetto*.

Adunque, checchè se ne dica dai propugnatori del primo dei sistemi summentovati, il giuoco può essere la fonte di una obbligazione. Però noi soggiungiamo che qui si tratta di una obbligazione *civile*, non di una obbligazione puramente *naturale*, come vorrebbero i sostenitori del secondo sistema, i quali han cercato giustificarlo col solo mezzo di cui poteano disporre, cioè col ravvicinare gli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839) coll' art. 1235 (1188); se non che, chi ben vi consideri scorgerà facilmente che i due primi articoli non hanno nulla di comune col terzo.

Notiamo difatti che nella nostra legislazione ogni convenzione, ogni patto lecito, anche quando non abbia nel Codice una denominazione speciale, viene elevato al grado di contratto *civile* per forza della legge (art. 1107 e 1134 Cod. Napoleone (1061 e 1088 ll. cc.)). Lo stesso avviene con più ragione quando la convenzione abbia un titolo corrispondente nel Codice, dappoichè per questo fatto essa è incontrastabilmente elevata al grado di contratto *civile*, e trova le sue regole speciali nel titolo che le appartiene (art. 1107 (1061). Ora in quest'ultimo caso si trovano il giuoco e la scommessa, innanzi tutto per effetto dell'art. 1964 (1836) che li pone nel numero dei *contratti aleatori*, dipoi per effetto degli art. 1965 a 1967 (1837 a 1839), che stabiliscono le regole speciali a cui sono sottoposti.

Ciò posto, facilmente si scorge come gli

art. 1965 e 1967 (1837 e 1839) non abbiano alcun rapporto coll'articolo 1235 (1188).

E in primo luogo, l'art. 1965 (1837) dichiara che la legge *non accorda azione veruna* per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa. Per qual motivo cotesta enunciazione? Forse perchè il giuoco e la scommessa producono soltanto una obbligazione naturale? No certamente; imperocchè, elevati come sono al grado di contratti civili per effetto degli art. 1107 e 1964 (1061 e 1836), il giuoco e la scommessa doveano produrre obbligazioni *civilmente* obbligatorie; e appunto perchè con siffatto titolo essi avrebbero necessariamente prodotto un'azione in giudizio, il legislatore, nel regolare gli effetti *civili* di quel contratto, ha creduto dover dichiarare ch'esso sia sfornito di azione. In ciò il legislatore si è determinato per considerazioni particolari, delle quali ragioneremo nel commento dell'art. 1965 (1837) (*infra*, n. 606); nondimeno fin d'ora è palese ch' esse non abbiano nulla di comune colle idee che ha dettato l'art. 1235 (1188).

In ordine all'art. 1967 (1839), la sua disposizione è parimenti estranea a quelle idee, alle quali è chiarissimo non aver potuto ispirarsi. Imperocchè, se l'obbligazione nascente dal giuoco fosse semplicemente naturale perchè mai l'art. 1967 (1839) sarebbe venuto dicendo che, « il perdente non potrà in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato...? » Ciò sarebbe stato del tutto inutile: e l'art. 1235 (1188) sarebbe certamente bastato. Ma appunto perchè il giuoco veniva elevato al grado di contratto civile, con un titolo speciale nel Codice, eravi una ragione civile per stabilire siffatta regola, e un'interesse speciale per formularla.— La ragione è per se stessa evidente sol che si volga lo sguardo al diritto antico sul contratto di che ci occupiamo. Ai redattori del Codice si offrivano due sistemi del tutto opposti: quello del diritto romano che accordava l'azione di ripetizione delle somme pagate per soddisfare un debito di giuoco; e quello del nostro antico diritto francese nell'ultimo suo stato, il quale, al contrario, negava quell' azione, salvo ai minori (sopra, nn. 594 e 596). Conveniva risolvere tra questi due sistemi; quindi fu redatto l'art. 1967 (1839). L'interesse apparisce del pari evidente quando si consideri l'art. 1965 (1837). Questo articolo stabilisce il principio che non vi sarà azione per *un debito* di giuoco o *pel pagamento* di una scommessa. Si dirà perciò che il giuoco, quando non sia proibito con alcuna disposizione del diritto civile privato, e quand'anzi sia elevato al grado di contratto civile mediante la sua inserzione nel Codice, non possa produrre verun effetto civile, e che convenga annullare indistintamente tutti gli atti avvenuti tra giocatori, compresi i pagamenti che il perdente avrà fatto volontariamente? No, il legislatore non l'ha inteso a questo modo, e ne sia prova l'art. 1967 (1839) il quale figura nella legge, se non come il complemento, almanco come la spiegazione dell'art. 1965 (1837), perciocch'esso determina la misura in cui il contratto *civile* di giuoco o di scommessa, benchè sprovveduto di azione in giudizio, purtuttavolta resta *civilmente* obbligatorio.

Al postutto, la legge dice ai giocatori ch'essi senza temere i giudizi della pubblica opinione, possono rompere gl'*impegni presi nel giuoco*, avvegnachè sia negata ogni azione per reclamarne la esecuzione in giudizio; ma se avranno giuocato pagando *in contanti*, ovvero se dopo aver finito di giocare avranno saldato i loro conti, non potranno essere rifatti dalla perdita, per quanto fosse eccessiva, perocchè sono obbligati da una convenzione, certo biasimevole per gli abusi ai quali ha dato origine, ma che in se stessa non avea nulla d'illecito. Or questa è la regola degli effetti *civili* di un contratto *civile*. Quindi è, che del contratto di giuoco vuolsi dire ch'esso è, come ogni altro contratto, il principio di una obbligazione civile (1).

604. Nondimeno, v'ha un caso che noi

(1) Il nostro dotto amico Coin-Delisle ha manifestato lo stesso avviso in un consulto tenuto con

abbiamo eccettuato (sopra, n. 602), pel quale il legislatore moderno ha seguito le orme dell'antica legislazione, invece di abbandonarle, come ha fatto per la scommessa in genere. L'antica legislazione, nel tempo stesso che per principio ritenea valida la scommessa e suscettiva di essere riconosciuta in giudizio, purchè la sua cagione o il suo obbietto non fosse contrario alla legge, alla morale o alla onestà pubblica (sopra, n. 601), condannava espressamente *il traffico o la scommessa sugli effetti pubblici*. Quindi in un primo documento legislativo destinato a porre un limite alle vendite simulate e all' agiotaggio sfrenato suscitato dal sistema di Law, (vogliam parlare del decreto del consiglio dei 24 novembre 1724, che stabiliva la borsa come luogo di negozio e istituiva la compagnia e il privilegio degli agenti di cambio), si rinvengono moltissime disposizioni che pronunziano pene più o meno gravi (l' ammenda e la prigionia), specialmente contro « ogni particolare, a qualsivoglia condizione o stato appartenga, che avesse tenuto adunanza e stabilito qualche ufficio per trattarvi negozi, sia in case della borghesia, in alberghi mobigliati, in caffè e dappertutto. » — Scorso un mezzo secolo, avendo l'agiotaggio recato un considerevole ribasso intervenne un'altro decreto del consiglio in data dei 7 agosto 1785, sotto l'influenza del controllore generale di Calonne. Nel preambolo, il rè annunziava « che da qualche tempo erasi introdotto nella capitale un genere di negozî o di compromessi molto pericolosi tanto pei venditori che per gli acquirenti, e pei quali l'uno s'impegna a fornire in termini lontani degli effetti che non ha, e l'altro promette di pagarli senza averne i fondi..., che avendo esaminato i regolamenti e le ordinanze in tal materia, ha riconosciuto che in ispreto alle loro savie disposizioni si è introdotto un giuoco irrefrenato consistente in iscommesse e compromessi clandestini sugli effetti pubblici. » E però, onde prevenire o reprimere l' abuso, il decreto contiene una serie di disposizioni tra le quali notiamo quella dell'art. 7 che « dichiara nulli i negozî e i compromessi di effetti reali e di altri qualsivogliano che si facessero a termine e senza consegna dei cennati effetti, o senza il reale deposito dei medesimi...; e proibisce espressamente che se ne facciano in avvenire, sotto pena di 24000 lire di ammenda in profitto del denunziante, e di essere escluso per sempre dall'entrata nella borsa; e se banchiere, d'essere cancellato dalla lista. » Ai 2 ottobre 1785, ai 22 settembre 1786 e ai 14 luglio 1787, furono pubblicati nuovi decreti del consiglio che, modificando le condizioni e le formalità stabilite dai precedenti decreti, mantengono pur sempre il divieto e il riproducono colle medesime sanzioni.

La nostra legge penale in vigore ha seguito in quest'ultimo punto le orme della legislazione antica. Difatti, l'art. 421 del Codice penale punisce colle pene stabilite nell'art. 419 (un mese ad un anno di prigionia, 500 a 10,000 franchi di ammenda, e facoltativamente la vigilanza dell'alta polizia da due a cinque anni) « le scommesse che saranno state fatte sul rialzo o sul ribasso degli effetti pubblici; » e l'art. 422 soggiunge, che « sarà riputata scommessa di simil genere ogni convenzione di vendita o di consegna di effetti pubblici cui il venditore non proverà avere esistito a sua disposizione nel tempo della convenzione, o aver dovuto trovarvisi nel tempo della consegna. » Più innanzi (*infra*, nn. 626 e seg.) indagheremo se gli art. 421 e 422 del Codice penale abbiano abrogato i decreti del consiglio del 1724, 1785 e 1786, in ciò che concerne i segni coi quali vogliansi riconoscere i negozi reali nelle operazioni di borsa e distin-

Malapert e Bao. È questa pure l'opinione adottata da Pilette, sebbene per altri motivi (*Riv. prat.*, t. XV, p. 441 e seg.).

guerli dai fittizi o dalle scommesse. Per ora ci basti osservare che in questo caso speciale, la scommessa si distingue dalla scommessa generalmente considerata in ciò che, invece d'essere elevata al grado di contratto, è illecita e costituisce un reato ai termini della legge penale *; sicchè in tal caso non potrebbe far nascere veruna obbligazione capace a produrre qualsivoglia effetto civile.

Laonde, se due persone istituiscano una scommessa sul rialzo o sul ribasso degli effetti pubblici, e convengano che, sopravvenendo un certo avvenimento, l'una di esse pagherà all'altra una somma determinata se i fondi sono in rialzo, e che all'incontro, in caso di ribasso, le sarà pagata un'egual somma; in siffatta convenzione, anzichè la esistenza di un contratto che sia il principio di una obbligazione civile, vi avrà un fatto delittuoso pel quale gli autori saranno esposti ad una punizione correzionale.

Parimenti se le parti, invece di stipulare colla forma ordinaria delle scommesse, procedendo con simulazione, istituiscano un negozio nel quale abbiano di mira, non i titoli o i valori che ne sono l'obbietto apparente, ma soltanto la differenza tra il corso del giorno del preteso mercato e quello del giorno della supposta consegna, in simil caso, sol che la simulazione sia stabilita, l'idea di una convenzione produttiva di obbligazione dovrà porsi da banda, perocchè allora esiste un fatto delittuoso che dà pur luogo contro le parti all'applicazione della legge penale. E qui non facciamo distinzione tra il compratore e il venditore, cioè tra chi ha scommesso sul rialzo e chi sul ribasso; avvegnachè, a nostro avviso, fanno ambedue un atto illecito. Il Tribunale di Tolosa avea deciso altrimenti, e togliendo a base il testo dell'art. 422 del Codice penale, isolato dall'art. 421, avea creduto dover fare distinzione tra l'acquirente e il venditore. « Se l'art. 422, avea detto, agguaglia alle scommesse punite colla precedente disposizione la vendita di effetti pubblici cui il venditore non proverà avere esistito a sua disposizione nel momento della convenzione o della consegna, lo stesso non può necessariamente e per analogia argomentarsi contro l'acquirente che non avrà ricevuto i fondi sufficienti nel dì della compra. Si comprenderà la differenza stabilita trai due casi sol che si pensi che nel primo lo speculatore giuoca necessariamente al ribasso, il che è molto più odioso di una speculazione istituita sul rialzo, cioè sulla prosperità delle intraprese industriali e del credito pubblico (1). » Ma questa decisione è stata cassata dalla Corte suprema. Imperocchè, il Tribunale non avea preso in considerazione « che l'art. 421 del Codice penale, come ha detto la camera criminale della Corte di cassazione, eleva a reato e punisce le scommesse fatte sul rialzo e sul ribasso degli effetti pubblici. Ora, la disposizione di questo articolo è generale, e sotto la parola *scommesse* comprende ogni specie di giuoco istituito sugli effetti pubblici, e si estende all'acquirente come al venditore, senza distinzione di sorta. Inoltre l'art. 422 non restringe la estensione della disposizione precedente, perocchè disponendo per analogia, enuncia trai casi compresi nella regola generale un caso speciale in cui il carattere della scommessa e del giuoco si rivela con ogni evidenza; ma ciò non toglie che il giudice non abbia in ogni procedimento il diritto di scendere alla estimazione degli atti e dei fatti, e di investigare, sotto la forma esteriore che avranno assunto quegli atti o quei fatti, le operazioni reali che si sono eseguite (2). »

* Le scommesse istituite sugli effetti pubblici, ossia i giuochi di borsa, non sono state elevate a reato dal Codice penale italiano, come non lo erano dal cessato Cod. pen. del 1819.

(1) Sentenza del Trib. correz. di Tolosa del 2 settembre 1856. — *Vedi* pure, in questo senso, Pilette (Riv. prat., t. XV, p. 466).

(2) Cam crim., rig., 9 maggio 1857; Tolosa, 6 dic. 1856 (J. P. 1857, p. 810 e 1181; S.V., 57, 1, 515; 2, 113; Dalloz, 57, 1, 146).

Adunque, conchiudendo, fermiamo per ora, salvo a dedurne appresso le conseguenze (*infra*, nn. 636, 640, ecc.), che se in principio generale la scommessa, quando pure sia sfornita di azione, costituisce un contratto civile produttivo di obbligazione civile, nondimeno avviene altrimenti della scommessa istituita sul rialzo e sul ribasso degli effetti pubblici, perciocchè, sendo elevata a reato dalla legge penale, non potrebbe produrre verun effetto civile.

Ed ora che abbiam ragionato della natura dei contratti di giuoco e di scommessa e della storia della relativa legislazione, senza fermarci più oltre alle osservazioni preliminari, possiamo passare al commento dei tre articoli nei quali si compendiano le regole stabilite dal Codice Napoleone in ordine a quei due contratti. Parleremo negli art. 1965 e 1966 (1837 e 1838), della regola relativa al rifiuto di azione e dei suoi limiti, e nell'art. 1967 (1839) di ciò che si riferisce al diritto di ripetizione.

1965 (1837) — **La legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa.**

1966 (1838). — **I giuochi proprî ad esercitare al maneggio delle armi, le corse a piedi o a cavallo, quelle dei carri, il giuoco della palla ed altri di tal natura, che contribuiscono alla destrezza ed all'esercizio del corpo, sono eccettuati dalla precedente disposizione.**

SOMMARIO.

da talune convenzioni aleatorie ; — 623. Specialmente dall' assicurazione sulla vita. — 624. Delle scommesse sul rialzo e sul ribasso degli effetti pubblici. — 625. Continuazione : quadro generale delle operazioni di borsa : negozio per contanti; *negozio* a termine *e sue varietà* ; riporti. — *626. Queste operazioni possono essere reali e legittime; ma possono essere pure fittizie. — 627. In quest'ultimo caso, esse presentano il carattere di scommessa sul rialzo o sul ribasso, e sono prive di azione, non per applicazione dell'art. 1965 (1837), ma perocchè costituiscono un reato preveduto e punito dalla legge penale. — 628. Per quai segni si distinguono le operazioni fittizie dalle reali : i decreti del consiglio del 1724, 1785 e 1786, aveano stabilito a tal uopo regole precise, annullando ogni negozio non preceduto dal deposito dei titoli o dei documenti comprovanti la proprietà. — 629. Tali decreti sono oggi abrogati dagli articoli 421 e 422 del Codice penale. — 630. La giurisprudenza erasi pronunziata dapprima in senso contrario : decisioni celebri. — 631. Ma essa si è fermata ad un sistema più vero, decidendo che il precedente deposito dei titoli non sia necessario, purchè le parti dimostrino essere state in condizione di eseguire il negozio nel tempo della convenzione o avervisi dovuto trovare nel tempo della consegna. — 632. La stessa decisione è seguita rispetto a coloro i quali eseguono operazioni di* riporto. —*633. Speculazione sul rialzo e sul ribasso delle* merci *: essa cade sotto l'applicazione dell'articolo 1965 (1837) quando costituisce una scommessa : sviluppo.*

V. *634. Conseguenze giuridiche del principio stabilito nell'art. 1965 (1837). — 635. Il perdente chiamato in giudizio può liberarsi opponendo l' eccezione del giuoco. — 636. L'eccezione può essere supplita dal giudice* ex officio? — *637. Del caso in cui il perdente abbia sottoscritto dei biglietti in favore del vincitore. Distinzioni : — 638. Se il vincitore ne è rimasto titolare, il perdente può opporre ancora la eccezione di giuoco; — 639. E se il biglietto enuncia una causa mentita, costui può provare con testimoni che la causa reale è un debito di giuoco. — 640. Continuazione. — 641. Se il vincitore ha trasmesso ad un terzo il biglietto, vi ha luogo ad altre suddistinzioni. — 642. Continuazione. — 643. Dal principio stabilito nell'art. 1965 (1837), se ne inferisce del pari che il debito di giuoco non può essere nè compensato nè ratificato. — 644, 645. Può essere obbietto di novazione o di fideiussione ? Distinzioni.*

VI. *646. Estensione dell'art. 1965 (1837): il principio è che l'azione è negata solpei debiti nascenti direttamente da giuoco o da scommessa. — 647. Ma il terzo che abbia prestato del danaro al giocatore o allo scommettitore, e gli abbia fornito il mezzo di giocare o di scommettere, sarà forse privo di azione per ottenere il rimborso ? Distinzioni. 648. Continuazione. — 649.* Quid *del caso in cui un debito di giuoco o una scommessa sia pagata da un terzo che abbia agito come semplice gestore di affari ? — 650. E del caso in cui il terzo agisca come mandatario ? Distinzioni.*

I. — 603. I compilatori del Codice, confondendo il giuoco e la scommessa, come sopra dicemmo (n. 602), cominciano dallo stabilire che i due contratti mancano ugualmente di alcuna azione giudiziaria. « La legge, dice infatti l'art. 1965 (1837), *non accorda azione veruna* per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa. » Dopo di che i compilatori del Codice, seguendo le idee dell' antico dritto civile, francese e romano, moderano alquanto l'assolutezza del principio, stabilendo una eccezione in favore di giuochi e di scommesse d'una data indole. Infatti, secondo l'articolo 1966 (1838), i giuochi propri ad esercitare al maneggio delle armi, le corse a piedi o a cavallo, le corse dei carri, il giuoco della palla ed altri di tal natura, che contribuiscono alla destrezza ed all' esercizio del corpo, sono eccettuati dalla disposizione dell'art. 1965 (1837).

Dobbiamo adunque parlare del principio e della eccezione. Ma innanzi tutto conviene

determinare i motivi della legge sull'uno e sull'altro punto.

606. La regola che il contratto sia privo di azione non è nuova rispetto al giuoco; ma è stata riprodotta dalla antica legislazione, e si giustifica oggi coi medesimi motivi a cui eransi ispirati i redattori delle nostre antiche ordinanze. Il giuoco, semplice esercizio di diletto, anche quando si faccia per un qualche interesse, purchè moderato, non è biasimevole in sè stesso, nè esce per nulla dai fini della natura. E poichè allora, pel suo oggetto medesimo e per la sua poca importanza, sfugge all'attenzione del legislatore, così non potrebbe essere oggetto di alcuna azione (1). Ma se degeneri in speculazione, e diventi in certo modo un atto di commercio in cui le parti siano unicamente mosse dal desiderio e dalla speranza del guadagno, la causa del giuoco è allora pur troppo viziosa e biasimevole, nè può dar luogo o legittimare un' azione giudiziaria. E per altro, il giuoco, in tali condizioni, può esser causa di tanti disordini e di tante funeste conseguenze, che il legislatore dovette necessariamente, per prudenza e come mezzo preventivo, rifiutare anticipatamente ogni sanzione agli impegni contratti in occasione di esso. « Sonvi alcune cose, diceva Portalis, che, sebbene per sè stesse lecite, devono nondimeno proscriversi in considerazione degli abusi e dei pericoli che possono trar seco; conseguentemente, se il giuoco, sotto l' aspetto da cui lo riguardiamo, non fosse già riputato per sua natura cattivo, lo si dovrebbe riprovare per ragion delle sue tristi conseguenze. — Qual favore possono ottenere presso la legge le obbligazioni e le promesse contratte nel giuoco, se sono condannate dalla ragione, contrarie all'equità? Si ignora forse che il giuoco favorisce l' accidia, separando l' idea del guadagno da quella del lavoro, e dispone gli animi alla durezza e al più crudele egoismo? S'ignorano forse le subite rovine che produce nel patrimonio delle famiglie dei privati, con iscapito della pubblica morale e della società in generale?... (2). »

Al contrario, rispetto alla scommessa, l' articolo 1965 (1837) contiene una novella disposizione. Gli antichi, considerando certamente che la scommessa non fosse tale da eccitare le passioni nel medesimo grado che il giuoco, e di produrre conseguenze altrettanto funeste, non l'aveano colpito colle medesime proibizioni (vedi *sopra*, nn. 598 e seg.). Ma i compilatori del Codice sono andati ad opposta sentenza, ed a buon diritto. Infatti, o si riguardi come un semplice divertimento o come un contratto interessato e come un mezzo di speculazione, la scommessa non potrebbe mai ragionevolmente dar luogo ad un' azione giudiziaria: nel primo caso, perchè, pel suo oggetto medesimo, e per la sua poca importanza, sfugge alla attenzione del legislatore; nel secondo, perchè, presentando i *medesimi vizi* del giuoco, non può, come questo, meritare protezione.

Per questi motivi il legislatore si determinò a stabilire la regola dell' art. 1965 (1837).

La eccezione dell'articolo seguente viene legittimata dalla tradizione e dalla natura stessa dei giuochi che ne formano oggetto. Infatti, abbiamo veduto che la legislazione romana, estremamente rigorosa contro i giuochi, ne eccettuava quelli che, esercitando i Romani a prove di coraggio e di forza, servivano a mantenere nel popolo i suoi istinti eminentemente guerreschi. La medesima eccezione era stabilita, e col medesimo carattere, nel nostro antico dritto francese. Quindi anche i compilatori del Codice furono tentati a riprodurla, manifestando però un giusto rammarico, che i giuochi che ne formano oggetto siano oggi

(1) Pothier (n. 50). — *Vedi* pure Portalis (*Esposizione dei motivi della legge*); Fenet (t. XIV, p. 539); Locrè (t. XV, p. 172 e 173).

(2) Fenet (*loc. cit.*, p. 540); Locrè (*loc. cit.*, p. 173).

pur troppo negletti (1). Ed invero, anzichè biasimevoli per loro medesimi o nella loro causa, questi giuochi sono di una evidente utilità, imperciocchè, contribuendo, secondo le parole stesse della legge, alla destrezza ed all' esercizio del corpo, sviluppano grandemente le forze fisiche. Comprendesi adunque di leggieri che i giuocatori che vi si esercitano, possano, come mezzo di sostenere tra loro l' emulazione, stipulare vantaggi pel vincitore, e che il legislatore, permettendo cosiffatte stipulazioni, purchè racchiuse entro giusti limiti, abbia voluto renderle obbligatorie per le parti, dando al vincitore il dritto di domandarne la esecuzione o il beneficio anche avanti ai tribunali.

607. Così accennati i motivi degli art. 1965 e 1966 (1837 e 1838), veniamo ora al commentario. Molte sono le quistioni a cui essi dan luogo, e per la maggior parte difficili; ma noi le esamineremo sotto cinque punti principali, parlando successivamente: 1° della natura dei giuochi e delle scommesse per cui la legge accorda una azione; 2° delle condizioni necessarie per esser valido il contratto, e per far trionfare l'azione in giudizio; 3° dei giuochi e delle scommesse che rientrano nella regola generale, secondo cui il contratto aleatorio, in questo caso particolare, non dà luogo ad alcuna azione; 4° delle conseguenze giuridiche della regola; 5° infine, dei limiti della sua applicazione.

II. — 608. I giuochi permessi dalla legge, e pei quali è accordata un' azione giudiziaria, sono, come abbiam detto, secondo il medesimo testo, « quelli che contribuiscono alla destrezza ed all' esercizio del corpo; » e fra questi l'art. 1966 (1838) specialmente comprende « i giuochi propri ad esercitare al maneggio delle armi, le corse a piedi o a cavallo, quelle dei carri, e il giuoco della palla, » aggiungendo che vi si debbano anche comprendere i giuochi *della medesima natura*. Ecco adunque un primo punto a determinare; cioè che la disposizione dell'art. 1966 (1838), puramente enunciativa da un lato, è, dall'altro e nel medesimo tempo, essenzialmente limitativa.

609. Infatti, l'art. 1966 (1838) è sotto un primo aspetto puramente enunciativo nella sua enumerazione. Ciò sorge evidente dalla formola medesima adoperata dal legislatore, il quale, dopo avere enunciato, a titolo di esempio, alcuni giuochi, come le corse a piedi o a cavallo, quelle dei carri, il giuoco della palla, compie il suo pensiero con queste parole molto espressive « ed altri giuochi *di tal natura*. » In conseguenza possiamo annoverare tra i giuochi garentiti da un'azione, i combattimenti sul mare e il nuoto, il tiro colle diverse armi, e tutti gli esercizi di ginnastica.

Noi vi comprendiamo pure il giuoco del bigliardo, non ostante le idee contrarie prevalenti in dottrina ed in giurisprudenza. Si dice infatti, che le combinazioni di questo giuoco, credute sapienti dai giocatori, non sono di alcuno vantaggio pel pubblico bene, nè possono produrre vigorosi soldati, o uomini utili alla società (2); e su tal fondamento la giurisprudenza ha costantemente deciso, non doversi accordare la garenzia d'un'azione giuridica alle promesse od obbligazioni contratte in occasione del giuoco del bigliardo (3). Ma così non si va contro al pensiero dell'art. 1966 (1838)? Noi non intendiamo certo farci difensori o giudici del giuoco del bigliardo o delle sue combinazioni più o meno sapienti: a tal

(1) *Esposizione dei motivi* di Portalis (Locrè, t. XV, p. 174 e 175; Fenet, t. XIV, p. 541).

(2) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 110); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 418, nota 11); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 23, nota 5); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 223). Questa medesima opinione è seguita anche da Troplong (n. 57), a cui Pilette attribuisce a torto la opinione contraria.

(3) Poitiers, 4 maggio 1810; Grenoble, 6 dicembre 1823; Montpellier, 4 luglio 1828; Angers, 13 agosto 1831 (S. V., 10, 2, 367; 24, 2, 319; 29, 2, 106; 32, 2, 270; *Coll. nov.*, 3, 2, 264; 7, 2, 274; 9, 2, 110; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 599; *Racc. per.*, 10, 2, 97; 32, 2, 141).

rispetto ci dichiariamo, senza alcun rammarico, assolutamente incompetenti. Ma solo dobbiamo notare, che i compilatori del Codice, meno esclusivi del legislatore romano, hanno formalmente dichiarato, potersi il beneficio della eccezione invocare in favore di tutti i giuochi *che contribuiscono alla destrezza e all'esercizio del corpo*. Or il giuoco del bigliardo non è forse in questa condizione? Perchè mai dunque dovrebbe riguardarsi diversamente dal *giuoco della palla*? Le combinazioni di questo giuoco, come quelle del bigliardo, non son tali da produrre uomini forti, soldati vigorosi; nè il pubblico bene avrà di che avvantaggiarsene. E pure è compreso nella eccezione dal medesimo art. 1966 (1838); che ne fa espressamente menzione in una enumerazione di giuochi citati a titolo di esempio. Perchè dunque escluderne il giuoco del bigliardo, il quale, come quello della palla, non è punto esposto ai capricci dello azzardo, e contribuisce *per sua natura* alla destrezza e allo esercizio del corpo?... (1).

610. Però, d'altro lato, la disposizione dell'art. 1966 (1838) è limitativa per ciò che riguarda *la natura* dei giuochi che possono produrre un'azione giudiziaria. Lo articolo ha di mira i giuochi propri ad esercitare al maneggio delle armi, le corse a piedi o a cavallo, le corse dei carri, il giuoco della palla, *ed altri di tal natura* che contribuiscono alla destrezza ed allo esercizio del corpo. Adunque i giuochi che non sono di tal natura, cioè quelli che consistono in calcoli e combinazioni proprie ad esercitare lo spirito e sviluppare le forze intellettuali, sono virtualmente esclusi dalla disposizione. E quindi non possiamo accostarci alla opinione di Troplong, il quale ritiene potersi accordare un'azione per il pagamento di somme o di cose guadagnate al *giuoco degli scacchi* (2). Per quanto siano ingegnose le sue combinazioni, non vediamo in che cosa mai possa pareggiarsi il giuoco degli scacchi a quelli enumerati o implicitamente accennati dal nostro articolo. Anzichè contribuire alla destrezza o allo esercizio del corpo, esso è forse tra tutti i giuochi quello che esige la più perfetta tranquillità, e la calma più assoluta; nè sappiamo comprendere come mai possa annovera nella classe di quei giuochi ginnastici che soli ha avuto di mira il legislatore. Indarno vuolsi lodare il giuoco degli scacchi per la sua similitudine coll'arte della guerra, colla quale rivaleggia di nobiltà (3); invano dicesi, con Troplong, che esercita lo spirito ed offre un nobile divertimento. Il giuoco degli scacchi non differisce, per questo aspetto, da molti altri giuochi, per esempio dal giuoco delle dame e da altri *giuochi di carte*, che esercitano pure lo spirito ed offrono un nobile divertimento, ma che nondimeno, per concorde avviso di tutti, non sono garentiti da alcuna azione per la esecuzione delle obbligazioni o promesse a cui possono dar causa. Invano anche dicesi, che i tribuni Siméon e Duveyrier, senza nominare il giuoco degli scacchi, sembrano avervi fatto allusione, dicendo, il primo, doversi comprendere nella classe privilegiata « i giuochi utili ad esercitare le forze intellettuali (4); » il secondo, potersi anche comprendere nella eccezione, « *sebbene la legge non ne parli*, quei giuochi composti di combinazioni ingegnose, conosciuti dagli antichi, e coltivati in Atene come il più onorevole divertimento, poichè esercitano la sagacità, la meditazione, la prontezza d'ingegno, e tutte le facoltà intellettuali mercè le quali soltanto possono conseguirsi dei vantaggi (5). » Ma queste opinioni individuali non devono farci grande impressione, poichè si discostano grandemente dal testo e dallo intendimento della

(1) *Vedi*, in questo senso, Chardon (*Dolo e frode*, t. III, n. 558); Dalloz (alla parola *Giuoco*, n. 14).

(2) Troplong (n. 50). — *Conf.* Taulier (t. VI, p. 496).

(3) Thomas Actius (*De Ludo scacchorum*, q. 4, nn. 7 e 8), citato da Troplong (*loc. cit.*).

(4) Fenet (t. XIV, p. 551); Locrè (t. XV, p. 187).

(5) Fenet (t. XIV, p. 561); Locrè (t. XV, p. 201).

legge, e riuscirebbero a far comprendere nella enumerazione dello art. 1966 (1838) una infinità di giuochi che non contribuiscono per nulla alla destrezza ed allo esercizio del corpo, e che nessuno mai ha pensato di dovervisi comprendere (1).

611. Abbiamo finora parlato dei soli *giuochi* a proposito della eccezione indicata nello art. 1966 (1838), uniformandoci in ciò alla lettera medesima dello articolo, il quale infatti menziona soltanto i giuochi. Ma si dirà per questo che la eccezione non debba anche estendersi alla *scommessa?* No certamente. Il legislatore ha stabilito una perfetta analogia tra il giuoco e la scommessa, i quali sia quanto al principio, sia quanto alla eccezione, trovansi pienamente pareggiati. Infatti, siccome per regola generale non si accorda azione pel credito risultante da una scommessa nè per quello risultante dal giuoco, così del pari dovrà per eccezione accordarsi un'azione, in forza dell'art. 1966 (1838), tanto pel credito nato da una scommessa, quanto per quello nato dal giuoco, se la scommessa riguardi fatti od atti che contribuiscano allo esercizio o alla destrezza del corpo. « La scommessa, diceva Siméon al Tribunato, racchiude i medesimi vizî originali e i medesimi pericoli che il giuoco: come questo, essa non dà luogo ad alcuna azione quando sia unicamente fondata sulla speranza o sull'amore del guadagno; ed è per contro tollerata, *quando abbia un oggetto ragionevole o plausibile, per esempio, atti di forza o di destrezza, e non sia esagerata* (2).»

612. Però è importante notare, che gli scommettitori non possono invocare il beneficio dell'art. 1966 (1838), se non abbiano personalmente preso parte al fatto che diede origine alla scommessa. Per modo d'esempio, Pietro e Giuseppe si dànno agli esercizî del nuoto, ed uno di essi scommette che arriverà primo ad un punto determinato; l'altro accetta la scommessa, e, perdutala, si nega di pagare. In tal caso, colui che ha guadagnato potrà tradurlo in giudizio e farlo condannare al pagamento. Così fu giudicato dal Parlamento di Bordeaux nel mese di marzo 1607 (3). E così dovrà senza dubbio anche oggi giudicarsi, poichè il nuoto contribuisce alla destrezza e allo esercizio del corpo, e, nella specie, la scommessa fatta comprendesi naturalmente nella classe di quelle per cui fu dettata la disposizione dell'art. 1966 (1838) (*sopra*, n. 609).

Suppongasi però che altri individui, testimonî della lotta impegnatasi tra i nuotatori, scommettano tra di loro, gli uni sostenendo che Pietro arriverebbe il primo, gli altri che arriverebbe Giuseppe: i vincitori in tal caso non avrebbero alcun dritto al beneficio dell'art. 1966 (1838); poichè, estranei allo esercizio che diede luogo alla scommessa, non possono dire di aver contribuito allo interesse o alla utilità che la legge ha voluto favorire, nè sono quindi in condizione di poter chiamare innanzi ai tribunali il perdente che, dopo accettato la scommessa, si negherebbe di pagarne il prezzo.

613. Aggiungiamo nondimeno, doversi fare eccezione a questa regola in un caso speciale, cioè quando trattisi delle corse di cavalli, espressamente comprese nella enumerazione dell'art. 1966 (1838). Non per questo noi intendiamo che tutte le scommesse fatte in occasione di somiglianti esercizî possano dar luogo ad un'azione giudiziaria in favore di colui che ha guadagnato. Così, noi non ammettiamo che colui il quale, trovandosi sul terreno della corsa, abbia scommesso per questo o quel corridore, possa chiamare utilmente innanzi ai tribunali colui che accettò la scommessa, o esserne invece chiamato. Le scom-

(1) *Vedi*, in questo senso, Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 23, nota 5); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 222).

(2) Rapporto di Siméon al Tribunato (Fenet, t. XIV, p. 551); Locrè (t. XV, p. 187). — *Junge*: Troplong (n. 96); Taulier (t. VI, p. 497 e 498); D. Pilette (*loc. cit.* p. 229).

(3) *Vedi* Brillon (alla parola *Scommessa*).

messe fatte tra coloro che assistono semplicemente alle corse da spettatori, non godono del beneficio della legge, siane tenue o eccessiva la somma. Però vogliam dire, che in materia di corse di cavalli, colui che guadagna la scommessa può domandarne in giudizio lo adempimento, quand'anche non abbia personalmente preso parte alla corsa. Quindi, non è necessario che il proprietario o lo allevatore che fa correre un cavallo, lo monti e corra egli stesso per poter chiedere, anche giudiziariamente, il prezzo di una scommessa fatta con un altro proprietario o allevatore che faccia correre un altro cavallo, senza montarlo nemmeno da sè stesso. In questo caso la legge non vuol solo favorire il fatto o l'esercizio della corsa, ma vuole anche, e specialmente, incoraggiare il proprietario che fa correre i suoi cavalli. Con questo scopo, volendo « favorire il trapiantamento e la propagazione delle razze più adatte a migliorare la specie (1), » lo Stato medesimo, e i comuni, hanno stabilito premî da attribuirsi ai proprietarî dei cavalli vincitori, ad esclusione dei valletti o degli scudieri che li hanno montatò. Or, quando siagli negato il premio, il proprietario ha certamente dritto di chiederne in giudizio il pagamento. In conseguenza, dovrà anche essere ammesso a chiedere nel modo istesso il pagamento di una scommessa, che al postutto, come il premio, concorre a mantenere l'emulazione tra gli allevatori, e tende allo interesse favorito dalla legge (2).

III. — 614. Il contratto di giuoco o di scommessa formasi col solo consenso, senza bisogno della tradizione delle somme o delle cose obbligate. Tuttavia, per esser valido, e per poter dar luogo all'azione di cui parlasi nella ipotesi dell' art. 1966 (1838), devono concorrere alcune condizioni. Pothier ne indica quattro, che devono anche oggi reputarsi come necessarie.

615. Primieramente, è necessario che ciascuna delle parti abbia il dritto di disporre della somma obbligata nel giuoco o nella scommessa. Così, un minore, sia o no emancipato, un individuo soggetto ad un consulente giudiziario, un interdetto, non potrebbero validamente giuocare o scommettere le somme di cui sono proprietarî, poichè, sebbene loro appartenenti, non hanno il libero dritto di disporne. Il vincitore dunque reclamerebbe invano contro di loro il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa; la sua azione dovrebbe senza alcun dubbio respingersi, se il perdente opponga il suo stato d'incapacità che lo inabilitava a disporre delle cose o delle somme da lui obbligate nel giuoco o nella scommessa.—Il medesimo deve dirsi della donna maritata, la quale, se può giocare o scommettere per somme di poca importanza, perchè si ritiene che lo faccia coll'autorizzazione almeno presunta del marito, non potrebbe però validamente obbligare somme di qualche considerazione, quand'anche, come dice Pothier, avesse il maneggio del danaro della comunione, poichè questo danaro le viene affidato per impiegarlo negli affari domestici, e non per giocarlo o dissiparlo. — Lo stesso dicasi della moglie anche separata, la quale ha il dritto di disporre dei suoi mobili ed alienarli. ma sempre entro i limiti del suo dritto di amministrazione, il quale, per quanto esteso voglia supporsi, non potrà certo estendersi al giuoco (3).

616. In secondo luogo, perchè sia valido il contratto di giuoco o di scommessa, è necessario il libero consenso dei giuocatori o degli scommettitori. Il consenso senza dubbio è proprio della essenza di tutti i contratti; ma in questo è anche più essenziale, poichè, massime nel giuoco, deve temersi lo stimolo e l'acciecamento della passione, e sospettarsi più facilmente il dolo e la frode. Per cagion d'esempio, suppongasi che Pietro, dissimulando la superiorità delle sue forze, abbia indotto Paolo

(1) Istruz. minist. dei 16 maggio 1825.
(2) Parigi, 11 febb. 1808 (S. V., 8, 2, 114; *Coll. nov.*, 2, 2, 345). — *Vedi* pure D. Pilette (*loc. cit.*, p. 232 e seg.).
(3) Pothier (nn. 9 a 11).

ad impegnarsi in una partita in cui questi ha perduta una somma più o meno considerevole: in questo caso il contratto deve rescindersi per vizio di consenso; e se Pietro domandi giudiziariamente il pagamento della somma guadagnata, la sua azione dovrà per ciò stesso essere rigettata.

617. In terzo luogo, i rischi da correre devono essere uguali. Il contratto di giuoco è uno dei contratti interessati da una parte e dall'altra (*sopra*, n. 591); per cui non potrà esser valido se i rischi corsi da uno dei contraenti non siano uguali a quelli corsi dall'altro. Ciò suppone che la partita debba impegnarsi tra giuocatori della medesima forza. Ma si comprende facilmente che non trattasi di una parità assolutamente esatta. Nei giuochi che contribuiscono alla destrezza e allo esercizio del corpo, gli è quasi impossibile trovare due giuocatori di forza uguale, ed è anche difficile trovarne uno che possa con sicurezza dirsi sempre uguale a sè stesso. Se dunque la sproporzione tra i giuocatori non sia tale da aversi moralmente la certezza della vittoria dell'uno, il quale quindi non correrebbe alcun rischio, il contratto non potrà, sotto questo aspetto, ritenersi colpito da un vizio che lo renda annullabile (1).

La ineguaglianza dei rischi risultante unicamente da che l'uno dei giocatori esponga al giuoco una somma maggiore dell'altro, non porterebbe ad alcuna conseguenza. La convenzione invero non sarebbe secondo le regole proprie dei contratti interessati da una parte e dall'altra; ed al postutto, se la partita sia vinta da chi impegnò al giuoco la somma più tenue, si riterrà che riceva dal perdente una specie di liberalità; nè in ciò vi sarebbe ingiustizia, poichè, come dice Pothier, questi non ha potuto ignorare che accordava un vantaggio, ma anzi lo ha fatto volontariamente, e con piena conoscenza (2).

618. Infine, la quarta condizione necessaria per la validità del contratto è, che i giuocatori debbano giuocare con fedeltà, senza inganno o soperchieria. Pothier dà come esempio d'infedeltà al giuoco il caso in cui, giuocando al bigliardo, uno dei giuocatori lasci appositamente ignorare al suo avversario il numero dei punti già fatti, si astenga di avvertirlo se egli ne segui un numero minore, e guadagni con questa astuzia la partita (3).

619. Se concorrono tutte queste condizioni, il perdente sarà civilmente tenuto; e se si neghi di pagare la somma stabilita, il vincitore potrà costringervelo in virtù dell'art. 1966 (1838).

Però la legge, riconoscendo valido il contratto nel caso proposto, non ne ha per questo abbandonato le clausole alla libera volontà, al capriccio delle parti. Il legislatore esige pria di tutto, che il giuoco o la scommessa, quand'anche contribuiscano allo esercizio e alla destrezza del corpo, non eccedano mai i limiti d'una semplice distrazione, e che la stipulazione di un premio, diretto ad eccitare la emulazione, non faccia degenerare la convenzione in una vera speculazione. Quindi la disposizione finale dell'art. 1966 (1838), secondo cui il tribunale potrà sempre, quand'anche il contratto contenga tutte le condizioni necessarie per la sua validità, rigettare la domanda, qualora la somma stabilita tra i giuocatori o gli scommettitori gli sembri eccessiva.

Come ben si vede, è questo un giudizio di fatto che rientra nel potere sovrano dei giudici del merito; i quali, considerando la natura del giuoco, la condizione dei giuocatori, il loro stato di fortuna, e soprattutto le loro abitudini, rigetteranno la domanda *per l'intero*, se credano eccessiva la somma stabilita. Infatti, non potrebbero i giudici attenuarla o ridurne la cifra; poichè allora il contratto sarebbe in realtà da loro stipulato, nè potrebbe più

(1) Pothier (nn. 19 e 25).
(2) Pothier (n. 20).
(3) Pothier (n. 28).

dirsi che lo scopo unico dei giuocatori sia stato di stimolare il loro coraggio : la importanza stessa della somma obbligata pruova ch' essi erano unicamente mossi dalla idea del guadagno; e poichè in queste condizioni il giuoco è abusivo, devesi in conseguenza applicare assolutamente la regola che non gli accorda alcuna azione.

620. Nè vale che il vincitore, riconoscendo esorbitante la somma impegnata al giuoco o nella scommessa, riduca da sè stesso la cifra della sua domanda. Questo sacrifizio volontario non potrebbe far escludere l'applicazione della disposizione finale dell'art. 1966 (1838); e quindi il giudice dovrebbe sempre rigettare la domanda per l'intero, avuto riguardo alle idee di guadagno che presedettero alla stipulazione del contratto.

IV. — 621. Quando il giuoco o la scommessa non rientrano tra quelli preveduti dall'art. 1966 (1838), saranno sottoposti alla regola stabilita dall'art. 1965 (1837), secondo cui « la legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa. » Dopo le osservazioni fatte sull'art. 1966 (1838), non deve punto riuscirci difficile determinare i giuochi a cui sia applicabile la regola; potendosi dire, in tesi generale, che la regola è quella dell'art. 1965 (1837), mentre l'art. 1966 (1838) contiene una semplice eccezione, e che quindi tutti i giuochi o le scommesse che non rientrino esattamente nella definizione di quest' ultimo articolo, debbano essere compresi nella regola del primo.

Aggiungiamo per altro, quanto ai giuochi, non doversi per nulla far distinzione tra quelli di puro azzardo e quelli misti di abilità e di azzardo, pei quali tutti deve applicarsi la regola generale. Adunque, nella interpretazione dell'art. 1965 (1837), non bisogna riferirsi alle disposizioni del dritto penale proibitive della tenuta dei giuochi, poichè gli art. 410, 475, 5°, e 477 (474 a 480 Cod. pen. ital) del Codice penale sono meno estesi dell'art. 1965 (1838) del Codice Napoleone, applicandosi unicamente ai giuochi di azzardo propriamente detti. Ciò è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, la quale costantemente ritiene, non potersi assimilare ai giuochi di azzardo, nel senso delle disposizioni proibitive del Codice penale, taluni giuochi, per esempio, la *posta* al giuoco del *bigliardo*, il giuoco di carte detto la *mosca*, ecc. (1), i quali per dritto civile, non godono di alcuna azione, giusta l'art. 1965 (1837) del Codice Napoleone.

622. La quistione non è anche però semplice per ciò che riguarda la scommessa, e la difficoltà sta in ciò che : da una mano, alcune convenzioni aleatorie permesse dalla legge si rassomigliano talmente alla scommessa, che spesso riesce assai difficile distinguernele ; dall' altra, che i contraenti possono facilmente mascherare la scommessa sotto la forma di altri contratti. Nondimeno, per determinare con precisione la regola di dritto, ricordiamo che la scommessa, nel senso dell'art. 1965 (1837), implica necessariamente ed essenzialmente il rischio reciproco delle parti di guadagnare o di perdere; e che, sotto qualunque forma siasi mascherata, il giudice potrà sempre, ed in alcuni casi anche d' officio (*infra*, n. 636), stabilire il vero carattere del contratto, per fargli produrre le sue conseguenze legali (2).

Ciò posto, noi riguardiamo come scommessa il negozio di cui parla Loyseau, il quale « si ricorda di aver veduto pronunziare una decisione alla Corte, con cui un tale che avea comprato mercanzia a caro prezzo, per pagarla quando sarebbe prete, morto o maritato, fu dichiarato libero, pagandone il giusto prezzo, e fu vietato a

(1) *Vedi* Rig. crim., 18 febb. 1838. 9 nov. 1861; Pau, 2 maggio 1861 (S.V., 58, 1, 416; 62, 1. 326; J. P., 1858, 1, 104; 1861, 1199; 1862, 1089; Dalloz, 58, 5, 219; 61, 5 274).

(2) Rig., 19 giugno 1855; Amiens, 14 genn. 1859 (S. V., 56, 1, 162; 59, 2. 232; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 409; 1859, p. 204; Dalloz, 55, 1, 292; 59, 2, 70).

chiunque di fare simili contratti (1). » Per l' incontro, il contratto con cui si stipuli un aumento del prezzo convenuto, se in un tempo determinato si verifichi un avvenimento incerto, dovrà considerarsi, non come una scommessa priva di qualunque azione, ma come una vendita pienamente lecita, il di cui prezzo sarebbe subordinato a condizioni eventuali (2). Lo stesso dovrebbe dirsi della convenzione con cui una parte garentisca ad un proprietario di vigneti una certa quantità di vino per il suo ricolto dell'anno, riservandosi per premio il dippiù, ed obbligandosi, in caso d'insufficienza, a dargliene il compimento in natura (3).

623. Stabilita la regola, non è certo nostro intendimento insistere sui vari casi di applicazione; perciocchè lasciando anche da canto l'interminabile campo delle supposizioni, e a volerci unicamente restrignere ai fatti enumerati dagli scrittori, alle scommesse di cui si fa cenno nei loro libri, dovremmo diffonderci in osservazioni e sviluppi che farebbero crescere la mole del nostro libro senza interesse nè utilità. Però non possiamo fare a meno di occuparci di alcune scommesse le quali, sia a causa della loro relazione con altre convenzioni, sia per l'immenso sviluppo preso ai nostri tempi, sia per il loro carattere speciale, meritano di essere sottoposte all'attenzione del lettore.

624. E primieramente, diremo qualche parola delle scommesse sulla vita degli uomini, le quali differiscono grandemente dalle assicurazioni sulla vita, con cui, stando alle apparenze, sembrerebbe fossero state confuse dall'antica giurisprudenza. Infatti, l'ordinanza della marina del 1681, lib. III, tit. VI, art. 3, conteneva formale proibizione di fare alcuna *assicurazione sulla vita*. Tuttavia la confusione e l' equivoco stava solo nelle parole; perciocchè i commentatori ritenevano doversi le espressioni dell'ordinanza applicare, non al contratto, già fin d' allora praticato in Italia e in Inghilterra e tentato in Francia, per mezzo del quale cercavasi premunir sè stesso o un terzo contro il danno che potea derivare dalla morte di colui la cui esistenza era posta in rischio, ma alle convenzioni fondate sulla vita di un uomo, senza che la morte di lui faccia soffrire alcun danno ai contraenti, che gli siano assolutamente estranei. Or l'ordinanza proibiva appunto quest' ultime convenzioni, le quali, implicando una scommessa, una speculazione sulla vita degli uomini, presentavano un carattere così sfavorevole che indusse il legislatore a proscriverle.

Siffatte convenzioni, che in sostanza non hanno nulla di comune colle assicurazioni sulla vita di cui sopra accennammo le forme principali (nn. 586 e seg.), non sono oggi assolutamente vietate, poichè la legge non contiene alcuna disposizione simile a quelle dell'ordinanza di marina; però non avrebbero alcuna sanzione, per applicazione dell' art. 1965 (1838), in quanto che, sebbene per la forma si rassomiglino grandemente alle assicurazioni, pure in sostanza non sarebbero che vere scommesse. Per modo d'esempio, supponete che voi, conoscendo che Paolo, alla cui vita o morte non siete per nulla interessato, intraprende un lungo viaggio marittimo, stipulate con una compagnia, a cui pagate un premio, che vi debba pagare 10,000 franchi nel caso che Paolo muoja; una tal convenzione, come è manifesto, sebbene sotto le apparenze di un contratto di assicurazione, è una vera scommessa, poichè in sostanza la compagnia ha scommesso che Paolo giungerebbe al termine del suo viaggio, obbligandosi a pagarvi 10,000 franchi se morisse prima, mentre voi da canto vostro avete scommesso che Paolo non giunge-

(1) Loyseau (*Del rilascio*, lib. IV, cap. III, nn. 13 e 14). — *Vedi* pure Angers, 22 febb. 1809 (S.V., 9, 2, 244; Dalloz, *Racc. alf.*, 9, 601).

(2) Rennes, 8 marzo 1823 (S. V., *Coll. nov.*, 8, 2, 47).

(3) Poitiers, 23 maggio 1855 (S.V., 55, 2, 430; *J. P.*, 1856, t. I, p. 190; Dalloz, 1857, 2, 31).

rebbe, obbligandovi a pagarle il valore del premio nel caso contrario.

La sola difficoltà della quistione sta nel distinguere e riconoscere il vero carattere della convenzione stabilita tra le parti. E a tal rispetto importerà sempre indagare, se i contraenti abbiano stipulato per riparare o prevenire il danno che potrebbe derivare a colui che stipula dalla morte di colui con cui contrae, o di altra persona indicata nel contratto, o se abbiano voluto speculare sopra un avvenimento incerto e di cattivo augurio, la morte di un loro simile. Nel primo caso, si farà un'assicurazione sulla vita, un contratto utile, essenzialmente morale, e protetto dal legislatore; nel secondo, una scommessa, un contratto inutile, senza valore giuridico, per il quale la legge non accorda alle parti alcuna azione (1).

625. Dobbiamo insistere anche più a lungo sopra un'altra specie di scommesse, divenute oggi frequentissime, vogliam dire delle scommesse sull'alto e il basso degli effetti pubblici.

Le operazioni che si fanno alla borsa sugli effetti pubblici e sugli altri valori che vi son pareggiati, per quanto semplici o complicate vogliano supporsi, si risolvono al postutto, quanto alla forma, in una compra-vendita.

Passando dal semplice al composto, noi troviamo in prima il negozio *per contanti*. La semplicità stessa di questa operazione, il suo carattere di attualità, escludono quasi del tutto l'idea della speculazione; però essa è poco comune alla borsa, ove si ritiene che verrebbe annullato il credito pubblico, se si dovessero far solo negozi per contanti. Checchenesia, comprendesi facilmente come si compia questa operazione, ed in che consista: suppongansi due persone, una che vuole ridurre in danaro alcuni valori che possiede, e l' altra che intende collocare i suoi fondi appunto nello acquisto di quei valori; l'*offerta* della prima e la *richiesta* della seconda incontransi per mezzo degli agenti di cambio, ed il negozio viene conchiuso immediatamente, o tutto al più nel tempo materialmente necessario per fare la mutazione, cioè, trattandosi di titoli *al latore*, nell'intervallo da una borsa all'altra, onde fare il cambio tra il venditore e il compratore, o, trattandosi di titoli *nominativi*, nel termine di quattro o cinque giorni necessarî per eseguire le formalità del *trasferimento*.— È questo il negozio per contanti.

Viene quindi la vendita di effetti pubblici *per consegnare*, altrimenti detto *negozio a termine*. È questo il vero campo delle speculazioni, a cui dan luogo le frequenti variazioni dell'alto e del basso nel corso degli effetti pubblici e dei valori di borsa: ed infatti il numero dei negozî a termine è oggi tanto maggiore di quello dei negozî per contanti, che la cifra di questi per un intero anno raggiunge appena quella dei negozî a termine d' una sola borsa. Ed ecco il modo, il meccanismo come si compie l'operazione. Un tale, giudicando dello stato del mercato dalle circostanze in cui si verifica, per esempio secondo le proporzioni della offerta e della richiesta, la imminenza di un avvenimento che ei prevede ecc., opina che il corso dei valori debba avere un movimento di ribasso, e quindi, al 15 gennaro, in cui la rendita 3 per 100 è al 70, incarica un agente di cambio di vendere per suo conto, al corso della giornata, un titolo di 3,000 franchi consegnabile quindici giorni dopo, cioè al 30 gennaro. Un altro, vedendo le cose con altro occhio, crede invece al rialzo; e quindi compra quel titolo, per mezzo del suo agente di cambio, obbligandosi di pagare la somma di 70,000 franchi nel giorno convenuto. In queste condizioni, havvi un *negozio fermo*, e qualunque cosa avvenga dal 15 al 30 gennaro, qualunque siano le oscillazioni della rendita, la condizione delle parti è irremovibilmente stabilita. Se il venditore si è ingannato nelle sue previsioni, poichè la rendita 3 per 100, rial-

(1) *Vedi* Troplong (nn. 158 e seg.). — *Vedi* intanto Limoges, 2 dicembre 1836 (S.V., 37, 2, 182).

zando invece di ribassare, si è chiusa il 31 gennaro al 71, dovrà nompertanto consegnar sempre, pei 70,000 franchi convenuti, il titolo che, al corso della giornata, varrebbe 71,000 franchi. Al contrario, se egli ha indovinato, se la rendita per esempio è ribassata al 69, il compratore che avea contato sul rialzo, sarà vittima delle sue false previsioni, e dovrà pagar sempre 70,000 franchi per un titolo che avrebbe potuto acquistare 69,000 il giorno in cui lo riceve. È questo il negozio a termine. — Però, in pratica vi si è dovuta introdurre una variazione, onde prevenire o almeno attenuare in certo modo i pericoli inerenti alla convenzione fatta nella forma e colle condizioni da noi indicate; intendiamo parlare del *negozio libero o negozio a premio*, così detto per opposizione al precedente, che è il *negozio fermo*. Anche in questo caso, la convenzione prende la forma di una compra-vendita a termine; ma è consentita colla condizione che il compratore possa rinunziare al negozio, abbandonando una parte del prezzo, stipulato sotto forma di *premio* e *pagato* nel punto in cui si conchiude la operazione. Così, un tale credendo che il valore della rendita 3 per 100 debba rialzare, compra il 15 gennaro, al corso della giornata, al 70, un titolo di 3,000 franchi consegnabile il 30 gennaro. Ma, non essendo sicuro delle sue previsioni, teme nel medesimo tempo che la rendita possa avere un movimento di ribasso; e poichè in questo caso l'operazione non sarebbe più vantaggiosa per lui, o anche onerosa, egli si riserva la facoltà di rinunciare all' operazione, pagando il premio di 1 franco per ogni 3 franchi di rendita. Così stabilito il negozio, il compratore paga all' istante il premio di 1,000 franchi; e nella convenzione si dice, con una formola d'uso, ma in certo modo oscura per chi non ha la chiave di questo linguaggio speciale, che nel 15 gennaro sono stati venduti al compratore, per consegna 30 gennaro, 3,000 franchi di rendita 3 per 100 al 70, *col premio dell'uno* (*dont un*), per 70,000 franchi, in conto dei quali il venditore ha ricevuto il premio di 1,000 franchi. Giunto il termine, cioè al 30 gennaro, il compratore dovrà fare ciò che si dice *la risposta dei premi*, dichiarando se *prende* o no i titoli, secondo che gli torni più conto accettarli o rinunziarli, in ragion del corso della giornata. Ed egli li prenderà, se per esempio la rendita sia rialzata al 72, poichè pagando i 69,000 franchi che resta a dare, avrà, per 70,000 franchi, un titolo che vale 72,000. Al contrario li rinuncierà, se la rendita sia ribassata al 68 o meno, lasciando però al venditore il premio di 1,000 franchi, come una specie di compenso. Questi 1,000 franchi saranno allora perduti dal compratore, il quale non riceverà nulla in cambio; ma pagando questo premio, egli ha evitato di perder dippiù, poichè se avesse dovuto accettare il negozio, oltre i 1,000 franchi già pagati, dovrebbe aggiungerne altri 69,000 per avere un titolo che, al corso della giornata, può acquistare con 68,000 franchi, o anche meno.

Havvi infine un'ultima operazione, il *riporto*, il quale consiste nel comprare per contanti, e rivendere momentaneamente e a termine, un valore, un effetto pubblico, o reciprocamente vendere e ricomprare nello stesso tempo. Con questa operazione si tende a conseguire il beneficio che risulterà dalla differenza tra il corso per contanti e il corso a termine, differenza che si verifica per ciò che gli effetti pubblici, in generale, acquistano tanto maggior valore quanto più si avvicina il tempo in cui deve esserne pagato l'interesse, dimodochè d'ordinario pagansi dippiù a termine che per contanti. Come le altre operazioni di borsa, il riporto si compie sotto la forma di una compra-vendita; ma *in sostanza* ne differenzia in quanto che costituisce un prestito con pegno, di cui esamineremo gli effetti e la estensione nel nostro commentario-trattato sul *Pegno*. Se ne differenzia anche sotto un altro aspetto, perciocchè d' ordinario questa operazione non è mai unica; ma si ripete nei tempi stabiliti dal-

l'uso per le liquidazioni, cioè di quindici in quindici giorni, facendosi ad ogni volta un regolamento di differenze, le quali, secondo che vi sia guadagno o perdita, saranno in favore o a carico di colui che riporta.

626. Tutte queste operazioni, non escluse quelle che in generale sono mosse da idee di speculazione, possono essere legali, serie, sincere; ma bisogna pur dire che assai di frequente sono puramente fittizie.

Così, una vendita per consegna, *ferma o libera e a premio*, fatta tra due persone, per mezzo degli agenti di cambio, sarà legittima, nè si potrà per niun modo censurare, se i contraenti abbiano agito seriamente, cioè coll'intenzione, l'uno di consegnare al termine stabilito, l'altro di ricevere la consegna. Ed infatti, un uomo di certa solvibilità può benissimo, prevedendo un rialzo, consacrare alla compra di effetti pubblici una somma che di presente non ha a sua disposizione, ma che avrà di sicuro quando dovrà ricevere la consegna. Come per contro, colui che crede al ribasso può anche benissimo vendere a termine effetti o titoli che, per un motivo qualunque, non abbia ora tra le mani, ma che è certo di avere il giorno della consegna. Ripetiamo adunque, tuttociò sarebbe pienamente legittimo; e certo sarebbe un abuso annullare siffatte convenzioni, che al postutto potrebbero essere atti di buona amministrazione. Ma l'operazione prende un altro carattere se, invece di aver luogo tra compratore e venditore seri e solvibili, come noi li supponiamo, sia fatta tra persone che, non solo non possiedono nè i titoli, nè il danaro, ma che nemmeno hanno la speranza o la possibilità di averli. In questo caso, un'operazione per consegna o a termine tra tali contraenti implica una speculazione, non già sugli effetti medesimi, poichè in fatto non se ne mettono in circolazione, ma unicamente sulla differenza che potrà esistere tra il corso del giorno della convenzione e quello del giorno stabilito per la supposta consegna.

Per modo d'esempio, Paolo compra da Pietro, il 15 gennaro, al 70, 9,000 franchi di rendita 3 per 100, consegnabili a 30 gennaro. Ecco un negozio fermo, in conseguenza del quale Paolo, da una parte, è fin da ora debitore di una somma di 210,000 franchi pagabili a 30 gennaro, qualunque sia il corso della rendita, e Pietro dall'altra è obbligato a consegnare nel medesimo giorno i titoli dei 9,000 franchi di rendita 3 per 100, qualunque ne sia il corso. Se Paolo e Pietro contrattassero in serietà, questa operazione sarebbe reale, e produrrebbe i suoi effetti, cioè: al 30 gennaro Pietro consegnerà i titoli a Paolo che ne pagherà il prezzo di 210,000 franchi, dimodochè se la rendita, in quel giorno, fosse ribassata, per esempio, al 69, Paolo avrebbe fatto un cattivo affare, poichè al 30 gennaro avrebbe potuto acquistare i medesimi titoli, pagandoli 3,000 franchi di meno; ed al contrario, se la rendita fosse rialzata al 71, il cattivo affare sarebbe quello di Pietro, il quale, vendendo i suoi titoli quindici giorni dopo, ne avrebbe ottenuto 3,000 franchi dippiù. — Ma se Paolo e Pietro non hanno agito in serietà; se Pietro non abbia i titoli che ha venduto, o non sia disposto a venderli; se Paolo alla sua volta non abbia i 210,000 franchi, prezzo della compra, o non sia disposto a comprare, l'operazione sarebbe fittizia, immaginaria, supposta ed incerta come le fluttuazioni di borsa su cui è fondata: insomma le parti hanno avuto unicamente di mira la differenza di prezzo, pagabile da Paolo a Pietro, se al giorno stabilito la rendita sia in ribasso, o da Pietro a Paolo se il corso della rendita sia in rialzo.

Inoltre, l'operazione del riporto dovrà ritenersi seria e legittima, o fittizia e illecita, secondo le vedute, la intenzione e la condizione di chi la fa. Sarà infatti vera e reale, se abbia per oggetto valori di una esistenza certa e conosciuta. Per esempio, un capitalista, volendo collocare utilmente una somma che gli appartiene, ma che avrà materialmente tra uno o due mesi, compra per contanti una partita di rendita

3 per 100, al 70, e immantinente o nel medesimo tempo la rivende fine corrente al 70, 35, corso della rendita 3 per 100 a termine; e quindi rinnova l'operazione, o la *riporta* di quindici in quindici giorni fino al giorno in cui può effettuare l'impiego a cui vuol destinare il suo capitale: questa operazione sarà in sostanza un prestito, in cui il mutuante non avrà a temere del ribasso, che resta a carico del mutuatario, e guadagnerà, come interesse, la differenza tra il corso della rendita per contanti e quello della rendita a termine. E perchè mai non dovrebbe dirsi legale e legittima siffatta operazione?... Ma se, invece di un capitalista che abbia i suoi fondi disponibili, suppongasi uno speculatore che non ha nulla a disporre, o non tanto da poter pagare le sue operazioni ferme; ma che fa il riporto come mezzo di sostenere speculazioni azzardose sopra valori o effetti che non ha mai avuto pensiero di ricevere; che dal principio dell'operazione fino all'ultimo, e ad ogni liquidazione, non ha fatto che ricevere o pagare le differenze, secondo il movimento dei corsi..., in questo caso si avrà una serie di operazioni che, in fatto e nella intenzione dello speculatore, sono state unicamente fondate sullo azzardo e sulla finzione.

627. Quando presentano quest'ultimo carattere, le operazioni di borsa, sotto l'apparenza di un negozio regolare, costituiscono una vera scommessa sul rialzo e ribasso degli effetti pubblici, e quindi sono prive di qualunque azione. Giovi però determinare con precisione la causa per cui le parti non possono ottenere lo appoggio della giustizia alla convenzione da loro fatta. Si è soliti dire, che l'azione giudiziaria debba esser negata a chiunque scommetta sul rialzo e sul ribasso dei pubblici effetti, per applicazione diretta del nostro art. 1965 (1837), secondo cui, in tesi generale, non si accorda azione veruna pel pagamento di una scommessa. Ma questa proposizione, sebbene generalmente ammessa, non è esatta. Badisi infatti, che l'art. 1965 (1837) riguarda quei giuochi e quelle scommesse comprese dalla legge nel numero dei contratti civili: non occorre certamente ripetere le osservazioni già fatte al proposito (v. *sopra*, n. 603), ma solo le ricordiamo per mostrare come nel caso proposto non abbia che fare l'art. 1965 (1837). Ed invero, le scommesse sul rialzo e sul ribasso dei pubblici effetti, anzichè pareggiarsi alle scommesse in generale, e comprendersi tra i contratti civili, costituiscono un fatto delittuoso preveduto e punito dagli art. 420 e 421 del Codice penale (sopra, n. 604); è appunto a causa di questo carattere non si può chiederne la esecuzione in giudizio. La ragione dunque per cui è tolto ai contraenti il diritto di far sanzionare dai tribunali civili le loro promesse o i loro impegni, non è già nell'art. 1965 (1837), ma nell'art. 1131 (1085) combinato cogli art. 420 e 421 del Codice penale.

628. Ciò detto nello interesse della verità giuridica, è importante distinguere, tra le operazioni di borsa, quelle sincere e regolari, che meritano la protezione della giustizia, da quelle fittizie che cadono sotto il divieto e i rigori della legge. A quali segni dunque potranno riconoscersi? Ecco la più grave difficoltà della materia. La nostra antica legislazione l'avea d'un colpo risoluto coi decreti del consiglio, che ebbimo già ad esaminare sotto un altro aspetto (*sopra*, n. 604). Il primo, quello del 23 settembre 1724, prescriveva ai privati, i quali volessero « comprare o vendere titoli commerciali ed altri effetti, di *consegnare il danaro o gli effetti* agli agenti di cambio, prima di aprire la borsa, contro loro ricevuta con cui promettano renderne conto nella giornata (art. 29)...» L'art. 30 aggiungeva: « Quando due agenti di cambio conchiudono un negozio alla borsa, dovranno reciprocamente rilasciarsi un biglietto, con cui promettano di *consegnare nella giornata*, cioè: *l'uno gli effetti negoziati, e l'altro il prezzo dei detti effetti.* » Queste disposizioni non dichiaravano espressamente la nullità delle operazioni a termine, ma ne racchiudevano manifestamente il divieto, permettendo sol-

tutto quelle per contanti. Ma dopo qualche tempo, la legislazione declinò da questa severità. Un secondo decreto del consiglio, in data dei 7 agosto 1785, *dichiarò nulle* « le vendite e promesse di effetti regi o altri, fatte a termine, e senza la consegna o *il deposito reale dei detti effetti*, provato con atto debitamente controllato al tempo stesso della sottoscrizione dell'impegno (art. 7)... » Come si vede, la decisione permetteva formalmente le compre vendite a termine, obbligando soltanto i venditori a non vendere allo scoverto, cioè senza essere in possesso degli effetti venduti, di cui doveasi almeno fare precedentemente il deposito; ma i compratori erano del tutto liberi, non essendo loro imposta alcuna obbligazione di tal natura. Del resto, la medesima disposizione eccettuava dalla nullità pronunciata le vendite e promesse fatte prima della pubblicazione del decreto, le quali vendite e promesse « avrebbero la loro esecuzione, sotto la condizione espressa di farle controllare, dal primo commesso delle finanze, negli otto giorni a contare dalla sua pubblicazione, e di consegnare o depositare, con atto in buona e debita forma, nello spazio di tre mesi, gli effetti di cui è stata promessa la consegna... » I risultamenti di questo controllo non furono tanto disastrosi come erasi temuto; molte operazioni furono liquidate con compensi; altre apparvero serie, essendo in grado le parti di effettuarle e riceverne la consegna. Tutte queste circostanze, unite ai numerosi reclami mossi contro il decreto, ne fecero pubblicare un altro in data del 2 ott. 1785, col quale il re, mantenendo la nullità delle vendite e promesse di effetti regi ed altri qualunque fatte a termine, *senza la consegna o il deposito reale* dei medesimi, aggiungeva « che si potrebbe soltanto supplire al detto deposito da coloro i quali, essendo costantemente proprietari degli effetti che vogliano vendere, e non avendoli allora in loro potere, *depositassero presso notaro* i documenti *giustificativi della loro proprietà* (art. 6). » Infine, e a causa dei novelli raggiri usati per eludere le disposizioni della legge, fu pubblicato a 22 settembre 1786 un altro decreto, nel di cui preambolo sono chiaramente determinate le pratiche che voleansi reprimere: « I divieti stabiliti nel decreto dei 7 agosto 1785, dicesi in esso, hanno in verità fatto venir meno l'uso di quelle promesse illusorie, inventate dalla cupidigia, con cui ingannavasi la buona fede, fomentavasi l'intrigo, e creavansi scogli a tutte le genti avide di fortuna; ma l'interesse, ingegnoso sempre a liberarsi da ciò che lo inceppa, ha trovato modo di eludere il regolamento che vieta le vendite di effetti regi e pubblici, senza la consegna o il deposito reale degli oggetti venduti. Ed oggi quindi, per mezzo di ricevi combinati, di dichiarazioni annullate da controscritture, di depositi fittizi, si è cercato nascondere le contravvenzioni, rendendo assai difficile scoprire la trama... » In conseguenza, col dispositivo di questo decreto furono chiamati in osservanza quelli dei 7 agosto e 12 ott. 1785, e specialmente l'art. 7 del primo, e si prescrisse inoltre « che non potrebbe per l'avvenire farsi alcuna vendita di effetti regi o altri pubblici effetti, che abbiano corso alla borsa, per essere consegnati *in un termine maggiore di due mesi a contare dalla sua data*, » dichiarandosi nulle tutte le vendite per un termine più lungo.

È questo in breve lo stato della legislazione anteriore al 1789; e ben si comprende come sotto il suo impero fosse assai facil cosa distinguere la vendita fittizia dalla seria. Il negozio a termine era certamente legale, però a condizione che il venditore fosse in possesso dei titoli al tempo in cui contraeva lo impegno, che facesse precedentemente il deposito dei medesimi, o almeno dei documenti giustificativi della sua proprietà, e che in tutti i casi la scadenza non fosse al di là di due mesi. Laonde, qualunque vendita a termine, che non fosse in queste condizioni, reputavasi fittizia per presunzione stessa della legge *.

629. Ma nello stato presente della legis-

* Secondo un decreto dei 2 dicembre 1842, le vendite a termine degli effetti pubblici erano repu-

lazione, i decreti del consiglio che abbiamo precedentemente analizzato non potrebbero più aversi per norma.

Gli è vero che la legislazione di mezzo ne aveva confermato, anzi aggravato le disposizioni; così la legge degli 8 maggio 1791, e quella dei 13 fruttidoro anno 3 imponevano agli antichi agenti di cambio l'obbligo d'esercitare le loro funzioni *conforme agli antichi regolamenti*, e dichiaravano reo di aggiotaggio chiunque sarebbe convinto di aver venduto effetti *di cui, al tempo della vendita, non sarebbe proprietario*. In seguito la legge de' 28 vendemmiale anno 4, ritornando e con più rigore ai decreti del consiglio del 1785 e 1786, a cui le leggi del 1791 e dell'anno 3 sembravano soltanto riferirsi, proscrisse assolutamente le vendite a termine, permettendo e dichiarando valide solo quelle *per contanti* (cap. I, art. 15; cap. II, articoli 3 e 4).

Ma queste disposizioni, non che quelle degli antichi decreti del consiglio, trovansi oggi abrogate dal Codice penale, il quale, dopo avere stabilito per regola generale che le scommesse sul rialzo o sul ribasso degli effetti pubblici costituiscono un delitto (art. 421), considera come promesse di questo genere « qualunque convenzione di vendere o consegnare effetti pubblici *che il venditore non provi avere avuto a sua disposizione nel tempo della convenzione, o averci dovuto essere nel*

tale scommesse, ai termini dell'art. 1837, se non fossero precedute dalla consegna o deposito effettivo dei titoli (art. 1). La rendita di cui facevasi la vendita a termine restava non commerciabile di dritto fino allo scadere del termine stesso (art. 2).

Ci piace al proposito riferire alcune belle considerazioni del Commendatore Gaetano Scovazzo contro il danno che il commercio può risentire dalle vendite non serie e reali. Le quali considerazioni caviamo da un rapporto di lui, del 29 gennaro 1841, alla Consulta, allorchè discutevasi il regolamento degli agenti di cambio.

« La circolazione utile non si fa per le cifre; sono le transazioni vere che ne sono l'elemento e il veicolo, sono le transazioni sopra oggetti reali e positivi, che ne fanno utilissimo il movimento.

« Il commercio che non opera che sopra cose reali è quel solo, che tien ragguaglio ed equilibrio tra' prodotti e la consumazione, onde la produzione e la consumazione crescono, e l'una l'altra si alimentano.

« La smodata specolazione sulle cifre il rompe sovente, o l'altera sempre per una causa straniera al produttore e al consumatore, onde da quello *alto* e *basso* variamente e smodatamente alternato vien frequente danno, talvolta ruina di molte industrie, e di quegli onesti negozianti, i quali faceano calcolo dal solo veramente calcolabile valor regolare e normale, che si determina dalle spese del produrre, e dalla quantità offerta, e dai veri bisogni richiesta.

« Se le negoziazioni di borsa venisser minori dal freno de' *mercati a termine*, qual danno, se quei non sono pel più, qua' tutti sentono, che giochi e scommesse, che di commercio usurpano, e disonestano il nome?

« Di qual prò essi sieno al credito pubblico noi non saprem vedere: del detrimento, sentiamo che potrebbe tornargliene molto.

« Le legislazioni di che abbiam fatto ricordo pur da quell'alta considerazione moveano al riprovarli, è severamente interdirne gli abusi: così diceansi quelle specolazioni *distruttive* di ogni *sistema economico*, di ogni *credito* nazionale.

« Que' mercati, direbbesi, sostengono il corso della rendita pubblica; ma ognun sente, e sa, che se possono ad arbitrio variarlo, il corso ne oscilla, e tante possono essere le vicende all'alto, quanto al basso.

« E il credito in quelle vicende non si giova, che spesso son l'opera di astuta specolazione. Ei poggia sulla fede ragionevolmente ispirata, costantemente sostenuta; sulla base de' mezzi di uno Stato, di un buon sistema di finanza, della fede a quei che lo governino; onde fa che quella maniera di proprietà, non pel gioco, ma pel vantaggio della sua natura, sia venuta in tanto pregio.

« Il quale, anzichè crescere, scemerebbe, se la rendita, che poche avrebbe variazioni, soggetta alle sole transazioni vere, dovesse da un di al l'altro temere della volubilità del gioco, che dànno necessariamente le false contrattazioni qua' diconsi a *termine*.

« Non più gli avvenimenti soli, ma l'opera attivissima di accorti specolatori che ben sovente astutamente gli alterano, o gli foggiano, dominerebbe allora il credito pubblico, di cui si farebber quasi dittatori i più arrischiati: quella folla di scommettitori; innocui forse se più lealmente dicessero voler non altro che scommettere, coverti dall'onesto velo della compra-vendita, e facendo perciò una bugiarda concorrenza alle contrattazioni vere reali, eserciterebbero una influenza funesta sul valor della rendita.

« Il corso della rendita, così artatamente dominato e agitato, non sarebbe più, qual dicesi, un termometro del credito, del quale maggiore a tutti è argomento la minore alterabilità e il valor più costante della rendita. »

tempo della consegna (art. 422).» Dal che ne deriva, non potersi più oggi dubitare, in principio, della validità delle vendite per consegna o a termine; che la loro validità non è più subordinata al possesso attuale dei titoli venduti, nè al precedente deposito dei medesimi o dei documenti giustificativi della proprietà; e che provata la intenzione sincera e leale di vendere o comprare, la possibilità di consegnare o di ricevere la consegna al termine prefisso, quand' anche al tempo della convenzione non si abbiano in possesso gli effetti o il danaro, dovrà escludersi qualunque idea di scommessa e riconoscersi che le parti abbiano fatto una vendita vera e reale.

630. E pure in principio la giurisprudenza avea diversamente pensato. Dopo avere per poco riconosciuto non esservi *alcuna legge in vigore* che vieti le vendite a termine (1), seguì bentosto la contraria opinione, giudicando, come se fossero in vigore gli antichi decreti del consiglio, che le vendite a termine di effetti pubblici sono proibite, e quindi nulle, se non si faccia precedentemente il deposito dei medesimi effetti o titoli. Ciò fu specialmente deciso nella celebre causa ch'ebbe luogo quarant'anni or sono, tra il conte di Forbin-Janson e l'agente di cambio Perdonnet; e questa decisione è tanto più notevole, in quanto che la giustizia avrebbe potuto, in considerazione delle circostanze speciali, annullare le operazioni di cui trattavasi, senza toccare per nulla le teorie di dritto a cui volle aver ricorso.

Nella specie, il conte di Forbin-Janson avea fatto, per mezzo e col concorso dell'agente di cambio Perdonnet, talune operazioni di borsa, a cui era solito darsi. Tratto a fine, in novembre 1822, un primo affare che si liquidò con una differenza di 22,900 franchi in suo favore, diè incarico nel mese seguente al suo agente di cambio, di comprare 150,000 franchi di rendita sullo Stato, consegnabili alla fine di gennaro 1823, contro il pagamento di una somma di 1,334,450 franchi. Per garenzia, aveagli consegnato trecento azioni del canale di Borgogna, del valore di 156,000 franchi. Ma questa volta le speranze del conte di Forbin-Janson furono deluse; perciocchè, invece del rialzo, su cui avea fondato le sue speculazioni, un enorme ribasso ebbe luogo nel corso del mese di gennaio, e l'agente di cambio, che si trovava allo scoverto, avendo intimato il suo cliente di riceversi la consegna, se non volea piuttosto dargli ordine di rivendere, rivendette difatti alla borsa del 1 febbraro 1823, con una perdita di 341,325 fr. Fatto compenso fino alla concorrenza col prodotto delle azioni del canale di Borgogna consegnategli per garenzia, l'*agente* di cambio Perdonnet restò *creditore di* 281,000 fr., al pagamento dei quali fu condannato il conte Forbin-Janson con sentenza del tribunale civile della Senna. In appello, la sentenza venne annullata. Ma per quali motivi? La decisione profferita li 9 agosto 1823 ne contiene di due specie: gli uni di dritto, gli altri di fatto. Questi ultimi soli sarebbero certo stati sufficienti: infatti riconosceva la Corte, sorgere chiaro dalle circostanze, da una parte, che il conte di Forbin-Janson avea inteso unicamente giuocare sulle differenze di borsa; dall' altra, che l' agente di cambio Perdonnet, conoscendo tale intenzione, avea dato mano, con conoscenza di causa, agli atti e alle operazioni con cui il suo cliente volea porre in esecuzione il suo progetto. Nè ci volea più che tanto, per giustificare la conclusione, cioè che trattandosi di una speculazione palesemente illecita, l'agente di cambio non aveva alcuna azione per costringere il cliente a rimborsarlo.

Ma, o perchè avesse in mente di porre

(1) Parigi, 13 fruttidoro anno 13 e 29 maggio 1810 (S.V., 24, 2, 347; 11, 2, 25; *Coll. nov.*, 2, 2, 89; 3, 2, 280; Dalloz, 1, 100; 11, 2, 103).— *Vedi* pure Rig., 22 giugno 1814 (S.V., *Coll. nov.*, 4, 1, 585; Dalloz, 24, 1, 213).—*Vedi* intanto Cass., 27 nov. 1811 (S. V., *Coll. nov.*, 3, 1, 429; Dalloz, *Racc. alf.*, 6, 760).

freno allo abuso dei negozi a termine che di quei tempi molto prevalevano nella pratica degli affari, come pur troppo sorgeva dalle circostanze della causa, o per qualsiasi altra ragione, la Corte di Parigi volle spingersi più oltre, e dare una decisione dottrinale, in cui si legge: « Che sorge aperto dalle leggi e dai regolamenti sulla negoziazione dei pubblici effetti e sulle obbligazioni imposte agli agenti di cambio, essere stato costantemente pensiero del legislatore, *dopo lo stabilimento della borsa*, prevenire le tristi conseguenze che la società risentirebbe dal giuoco o dalla scommessa sulla variazione del corso dei pubblici effetti; che, ne' *negozi a termine*, il carattere del giuoco o della scommessa sui pubblici effetti manifestasi principalmente *dal non essere stata fatta la consegna degli effetti venduti nelle mani dell'agente di cambio, e il deposito di essi regolarmente provato nel momento stesso in cui contraevasi la obbligazione*; che in tal modo definito il carattere del giuoco, ne segue che i negozi colpiti da tal vizio sono assolutamente nulli, e che la ratifica che ne potrebbe venir fatta, come la obbligazione che avrebbero ingenerato, avendo per causa operazioni illecite, non possono esser fondamento di un'azione giudiziaria...; che la stretta esecuzione delle leggi e dei regolamenti può soltanto porre un freno a questo immoderato ardore di arricchirsi, che ha invaso i padri di famiglia, i quali, anzichè darsi ad utili ed oneste professioni, s'ingolfano perdutamente in speculazioni riprovate dalla morale, e seguite sempre o da una totale ruina o da scandalosa fortuna... »

E alla sua volta, la Corte di cassazione, nel mentre avrebbe potuto rigettare il ricorso per un mezzo d'irrecettibilità diretto contro una parte della decisione in cui i giudici del merito aveano malamente valutato i fatti della causa, stimò meglio prender di mira il punto di dritto svolto nell'altra parte della decisione; e, in un modo anche più esplicito della Corte di Parigi, stabilì per principio, ciò che cavavasi solo per induzione dalla decisione impugnata, la incompatibilità dei negozi a termine cogli antichi decreti del consiglio, le cui disposizioni applicò, come se ancora fossero in vigore. « Considerando, ella disse, che giusta i decreti del consiglio del 7 agosto, 20 ottobre 1785 e 22 sett. 1786 i negozi a termine di effetti pubblici sono nulli quando non siasene fatto il deposito o le formalità equivalenti, ai termini de' sullodati regolamenti; che tale provvedimento, come sta detto nel preambolo del primo decreto del consiglio, fu reso necessario dacchè tali negozi « sono degl'impegni senza causa e realtà, che per legge non « hanno alcun valore, sono cagione d'infinite insidie diretto a snaturare momentaneamente il corso dei pubblici effetti, « dando agli uni un valore esagerato, e facendo degli altri un impiego capace di discreditarli, ecc...; » che i medesimi motivi e il divieto di cosiffatti negozi sono riprodotti, e quindi confermati e mantenuti nella legge dei 28 vendemmiale anno 4; che le decisioni giudiziarie che mettonsi avanti a provare che siffatte disposizioni siano venute in desuetudine, a nulla conchiudono in fatto e in dritto: non in fatto, perchè molte delle citate decisioni riconoscono, nei loro motivi, essere tuttavia in vigore le leggi contro i negozi a termine di effetti pubblici, e non le hanno applicato per particolari circostanze tratte dalle specie giudicate; non in dritto, perchè non puossi statuire contro la esecuzione di leggi che il legislatore medesimo, pubblicandole, ha mostrato di credere indispensabili al bene dello Stato e al mantenimento della pubblica morale; che la loro abrogazione non può derivare che da una legge; che se, come ritiensi, questa di cui parliamo non può conciliarsi coi bisogni del commercio, col sistema attuale delle finanze e del credito pubblico, spetta al solo governo ponderare siffatte considerazioni e provvedervi; — nè si ha miglior successo quando si dice che questa legge è stata abrogata, sia dall' art. 90 del Codice di commercio, sia dall' art. 422 del Codice

penale; infatti l'art. 90 del Codice di commercio ha per oggetto di dare al governo il dritto di fare regolamenti di amministrazione pubblica sulla negoziazione dei pubblici effetti, e non già di revocare e annullare le leggi e i regolamenti esistenti sulla materia; parimente, gli articoli 421 e 422 del Codice penale non hanno espressamente annullato i decreti del 1785 e 1786, e per indurne una tacita abrogazione, sarebbe necessario le loro disposizioni venissero in urto con quelle dei decreti del consiglio, tanto da non potersi simultaneamente le une e le altre eseguire; ma ciò non può dirsi, avvegnachè, da una mano, possano benissimo dichiararsi nulli, giusta i decreti del consiglio, i negozî a termine di effetti pubblici quando non siano preceduti dal deposito stabilito, e dall' altra, applicarsi la pena inflitta dal Codice penale quando il venditore non abbia in suo potere, al momento del contratto, gli effetti che vende, o non possa averli al tempo della consegna; che per tal modo i decreti del consiglio riguardano il semplice interesse civile nell'atto stipulato tra' contraenti, ed il Codice penale, che non dovea occuparsi nè di quest' atto, nè di questo interesse, ha di mira soltanto la persona de' contraenti; d'onde ne vengono le due disposizioni, diverse ma non contrarie, l'una delle quali può quindi coesistere coll'altra... (1). »

631. Altre decisioni furono nel medesimo senso profferite (2). Però i tribunali non tardarono a riconoscere che, in presenza dell'art. 422 del Codice penale, la giurisprudenza doveva seguire ben altra via. Questo articolo infatti viene direttamente in urto cogli antichi decreti del consiglio. Invano la precedente decisione si è sforzata a volerli conciliare, muovendo da ciò che i decreti del consiglio fossero stati pronunciati *nello interesse puramente civile*: è questa una gratuita asserzione. Infatti noi abbiamo veduto (*sopra*, n. 604), che i decreti del consiglio, nel 1724, 1785 e 1786, furono nel medesimo tempo la legge civile e la legge penale della materia. Stabilita la presunzione di frode, il primo contro tutte le vendite a termini assolutamente, gli altri contro quelle vendite che non fossero state precedute dal deposito dei titoli o dei documenti comprovanti la proprietà, essi dettarono una sanzione penale contro chiunque, in onta al divieto, avesse contravvenuto alle loro disposizioni. Il loro carattere penale è dunque innegabile; ed è impossibile non esserne convinti, se si ricordino le decisioni profferite *in quel tempo* dai commissarî generali, *ai quali* il re ne attribuì la giurisdizione, riservando la conoscenza del fatto al suo consiglio. « Noi commissarî generali, dice tra le altre una sentenza dei 29 novembre 1786,.. abbiamo ordinato ed ordiniamo che i decreti del consiglio *riguardanti* i negozî a termine siano *eseguiti*; in conseguenza, abbiamo dichiarato nulli e di nessuno effetto i negozî di cui si tratta, perchè fatti a termine, senza la precedente consegna o deposito; ordiniamo che tutte le somme pagate anticipatamente in conto dei detti negozî, a titolo di premio o altrimenti, siano restituite; *condanniamo i signori Saint-Didier e Saint-Albine, ciascuno all'ammenda di 24,000 lire stabilita dal decreto dei 7 aprile 1785* (3). »

Ciò posto, è pur troppo evidente che alle disposizioni degli antichi decreti del con-

(1) Rig., 11 ag. 1824 (S.V., 24, 1, 409, e *Coll. nov.*, 7, 1, 513; Dalloz, 24, 1, 306).

(2) La Corte di cassazione ne avea profferito un'altra nel medesimo giorno 11 agosto 1824 (S.V., 24, 1, 414, e *Coll. nov.*, 7, 1, 516; Dalloz, 24, 1, 322). — *Junge*: Parigi, 18 febb. e 10 apr. 1823; Orléans, 30 nov. 1825; Ric., 2 maggio 1827 (S.V., *Coll. nov.*, 7, 2, 176 e 255; 8, 2, 509; 1, 586; 27, 1, 450; Dalloz, 6, 736, e 27, 1, 227). — *Vedi* pure in questo senso, Coffinières (*Della Borsa e delle sue speculazioni*, pag. 109 e seg.); Jeannotte-Bozérian (*la Bourse, ses opérations et ses opérateurs*, t. I, n. 253 e seg.; t. II, n. 451 e seg.).

(3) Questa sentenza, riportata alla sua data nella collezione di Simon e Nyon, è stata riferita da Merlin (*Rep.*, alla parola *negozio a termine*, § 2, n. 1, nota).

siglio, siano oggi sostituite quelle del Codice penale del 1810, e che quindi non vi sia più luogo a distinguere le vendite fittizie dalle reali. Che cosa dice infatti l'art. 422 del Codice penale? Doversi considerare come scommessa sull'alto o basso qualunque convenzione di vendere o consegnare effetti pubblici *che il venditore non pruovi avere avuto a sua disposizione nel tempo della convenzione o aversi dovuto essere nel tempo della consegna*. Non può più dunque dirsi, come sotto il decreto del 1724, che qualunque negozio di effetti pubblici non sia reale se fatto a termine, o, come sotto i decreti del 1785 e 1786, che debba reputarsi fittizio quando non sia preceduto dal deposito dei titoli o dei documenti giustificanti la proprietà. La nostra legge non richiede queste condizioni, il cui rigore potea giustificarsi per le circostanze dei tempi. Comprese che i negozi a termine sono al postutto una necessità del credito pubblico, nè si è curata di metterli in sospetto. D'altro canto, se per dritto comune, l'operazione più usuale e più utile, specialmente in materia commerciale, consiste nel vendere ciò che non si ha di presente, ma che si potrà avere al tempo stabilito, non vi sarebbe veramente ragione di fare eccezione a questa regola trattandosi degli effetti pubblici, i quali sono pure valori commerciali; e quindi ha tolto la presunzione di frode stabilita dall' antica legge per la mancanza del precedente deposito. Che cosa vuole oggi la legge per la validità della speculazione? La pruova che il venditore abbia avuto la volontà reale, la possibilità di vendere, e che gli effetti erano in suo potere nel giorno della obbligazione, o vi doveano essere nel tempo della consegna; che il compratore da canto suo abbia avuto l' intenzione di comprare, e che, se non è in grado di ricevere la consegna nel giorno della conchiusione del negozio, lo sarà almeno al termine convenuto: nient' altro vuole la legge. Non è più dubbio adunque che oggi le scommesse sull'alto e il basso non si differenziano dai negozi a termine veri e reali per segni precisi o per presunzione di legge, riducendosi tutto in una semplice quistione di fatto che dovrà risolversi secondo le circostanze, per esempio, secondo il numero delle operazioni, l'importanza delle somme obbligate, lo stato di fortuna dei contraenti, ed altre che dipendono dallo esame sovrano dei tribunali.

E questa opinione, prevalente tra gli scrittori (1), è oramai diffinitivamente adottata anche in giurisprudenza. Ma a ciò non si giunse che per gradi: le prime decisioni con cui cominciossi ad abbandonare la falsa via, mostrano di far distinzione tra la compra e la vendita, ammettendo l'azione diretta da un agente di cambio contro un *compratore* a termine di effetti pubblici, quand'anche questi non avea consegnato il prezzo della compra, e per contro rigettando quella diretta contro il *venditore* dall'agente il quale, ricevendo l' ordine di vendere, non avea richiesto il deposito dei titoli, o almeno la pruova della proprietà (2). Ma queste decisioni, che, secondo la frase di Troplong, mostravano intenzioni progressive e intelligenti (3), erano già un gran passo per giungere alla dottrina più larga e anche più esatta, di cui abbiamo parlato; nè molto andò che questa fu pienamente adottata: infatti, fin dal 1849, la giurisprudenza ebbe stabilito per principio, astraendo da ogni distinzione tra la compra e la vendita, che i negozi a termine possono essere dichiarati validi e reali, quand'anche non vi sia nè consegna di titoli, nè deposito di prezzo,

(1) *Vedi* Mollot (*Borse di commercio*, nn. 450 e seg.); Fremery (*Studi commerciali*, cap. XLV); E. Vincens (*Legislaz. comm.*, lib. VI, cap. V); Troplong (nn. 102 e seg.); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 416); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 21, nota 3); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 243 e seg.).

(2) *Vedi* Ric., 30 nov. 1842; Parigi, 29 marzo 1832, 9 giugno 1836. 17 febb. 1842, 14 marzo 1842 (S. V., 43, 1, 897; 32, 2, 293; 37, 2, 85; 42, 2, 253 e 232; Dalloz, 43, 1, 421; 32, 2, 130; 36, 2, 126; 42, 2, 231 e 232; *J. P.*, 1843, t. II, p. 628).

(3) *Vedi* Troplong (n. 143).

essendo proibite dalla legge, e quindi illecite e prive di qualunque azione, quelle sole operazioni che, secondo le circostanze, e per effetto della volontà primitiva delle parti, abbiano unicamente per oggetto un regolamento di differenze (1).

Ecco lo stato ultimo della giurisprudenza, che non muterà certo per tornare indietro, mentre risponde così esattamente ai veri bisogni del commercio e del credito pubblico.

632. Per altro, questa soluzione non dovrà solo applicarsi ai negozi a termine, ma estendersi pure alle operazioni di *riporto*. Infatti, come sopra dicemmo (n. 620), i riporti, come i negozi a termine, possono essere regolari e leciti, o nascondere vere scommesse. In quest'ultimo caso, non solo le parti non hanno dritto di agire in giudizio per l'esecuzione della loro convenzione, ma sono inoltre soggette alle prescrizioni degli art. 421 e 422 del Codice penale. E pure qualcuno, che dice avere attentamente esaminato questa operazione, sostiene non potersi applicare al riporto le nostre leggi penali, nemmeno quando si risolva nella differenza tra il corso della rendita per contanti e il corso della rendita a termine (2). Ma la giurisprudenza non ha seguito questa opinione: da una mano, la Corte di Parigi, giudicando in materia civile, ha annullate alcune operazioni di tal natura con una decisione che fu invano denunziata alla Corte di cassazione (3); dall'altra, la Corte imperiale di Tolosa, giudicando correzionalmente, ha applicato alle parti gli art. 421 e 422 del Cod. pen., con una decisione che venne pure confermata dalla camera criminale della Corte di cassazione (4): e questa, secondo noi, è la migliore soluzione. Infatti il riporto, quando mira a procurare al capitalista lo impiego di fondi di cui non vuol perdere l'interesse, e al compratore la possibilità di fare un impiego provvisorio, ma utile, di un capitale che per ora non può o non vuole diffinitivamente alienare, è una operazione reale, che dev' essere protetta colle sanzioni della legge. Ma quando sorga evidente, sia dalle circostanze, sia dal meccanismo medesimo della operazione, che le parti hanno voluto unicamente speculare sulla differenza dalla compra alla rivendita; quando le compre sono sproporzionate alla fortuna del compratore, il quale per conseguenza non ha richiesto la consegna dei titoli, nè ha mai avuto intenzione di richiederla; quando, in tutto il corso della operazione, e ad ogni liquidazione non si è fatto che un conto di differenze pagate o guadagnate dal compratore, *secondo la variazione dei corsi*, come mai *potrebbesi* non riguardar questa operazione come illecita e preveduta dall'art. 422 del Codice penale, e per ciò stesso priva di qualunque effetto e di qualunque azione giuridica? Non è invece il caso di dire, colla camera criminale della Corte di cassazione, che il riporto per sua stessa natura, permettendo al riportato di procrastinare indefinitamente la effettuazione, e a colui che riporta di tenere il primo nella condizione da lui stesso creatasi, per mezzo di rivendite contemporanee alle consegne, anzichè distruggere, imprime più efficacemente il carattere di scommessa alle operazioni delle parti?... A ragione dunque la giurisprudenza ha applicato al riporto la distinzione stabilita a proposito dei negozi a termine di effetti pubblici.

633. Dicasi lo stesso per quanto riguarda

(1) Ric., 27 genn. 1852, 1 aprile 1856; Parigi, 23 aprile 1849, 11 marzo, 16 luglio 1851, 22 novembre 1852, 19 gennaro 1858; Bordeaux, 15 giugno 1857; Metz, 23 giugno 1857 (S.V., 54, 1, 140; 57, 1, 192; 51, 2, 145 e 512; 57, 2, 733; 58, 2, 328; 59, 2, 81; Dalloz, 52, 1, 291; 56, 1, 148; 49, 2, 215; 51, 2, 217; 54, 2, 20; J. P., 1853, t. I, p. 449; 1857, p. 1180; 1849, t. I, p. 571; 1851, t. II, p. 257; 1854, t. I, p. 390; 1858, p. 742).

(2) *Vedi* D. Pilette (*Riv., prat.*, t. XV, p. 247).

(3) *Vedi* Parigi, 11 marzo 1851; Ric., 27 gennaro 1852 (S.V., 51, 2, 145; 54, 1, 140; *J. P*, 1851, t. II, p. 257; 1853, t. I, p. 449; Dalloz, 52, 1, 291). — *Junge*: Parigi, 16 luglio 1851, 31 luglio 1852 (S. V., 51, 2, 512; 52, 2, 600; Dalloz, 52, 2, 95; 55, 5, 174; *J. P.*, 1853, t. I, p. 370).

(4) *Vedi* Tolosa, 2 settembre 1856, e Rig. crim., 9 maggio 1857 (*J. P.*, 1857, p. 819 e 1181; S.V., 57, 1, 545, e 2, 113; Dalloz, 57, 1, 146).

le operazioni per consegna di mercanzie, come farine, grani, vino, olio, acquavite, le quali son pure soggette a subitanee e molto frequenti variazioni. Si avverta però non potersi in tal caso parlare nè degli antichi decreti del consiglio, nè degli art. 421 e 422 del Codice penale: queste disposizioni legislative hanno espressamente preveduto le scommesse sul rialzo o ribasso *dei pubblici effetti*, nè possonsi, per il loro medesimo carattere, estendere per analogia alle operazioni che, sotto le apparenze di un negozio a termine, nascondano una scommessa sulle variazioni del corso delle mercanzie. Siffatte operazioni non dànno luogo ad alcuna azione, ma per applicazione dell' art. 1965 (1837), rientrando tra i giuochi e le scommesse in esso prevedute.

Nondimeno si è preteso sostenere in contrario, che l' art. 1965 (1837) è scritto esclusivamente per le materie civili, e non dà dritto ad alcuna azione per le semplici scommesse, in cui non si complichi alcuna speculazione commerciale; ma che per contro le leggi di commercio permettono i contratti aleatori misti di giuoco e di scommessa, nè può supporsi che l' art. 1965 (1837) voglia annullare ciò che non è prescritto, ma formalmente ammesso dalle leggi e dagli usi del commercio (1). Ma questo sistema non può ammettersi perchè esclusivo ed assoluto. Lasciando anche da canto la importante quistione, che è pregiudicata nel senso affermativo, cioè se il dritto commerciale si componga di regole proprie e affatto indipendenti dal dritto civile, possiam dire che la regola dell' art. 1965 (1837) appartiene all'uno e all'altro dritto. Ed invero, per quanto possa essere interessante e necessario lasciar libero l'àdito alle convenzioni aleatorie negli affari di commercio, non havvi certo alcun commerciante che creda in serietà protette anche dalla legge le speculazioni fondate unicamente sopra operazioni azzardose e fittizie. Tutto quel che può dirsi è, che l'interesse del commercio, la buona fede che ne deve essere l'anima, la sicurezza delle sue transazioni esigono che i tribunali si mostrino molto cauti ed anche difficili ad ammettere la eccezione di giuoco, quando sia proposta contro la domanda tendente alla esecuzione di un negozio per consegna o a termine. Con questa riserva, che dà al vero commercio, al commercio serio e leale, tutta la soddisfazione e protezione di cui ha bisogno, non possiamo che approvare le massime della giurisprudenza. La quale ha stabilito per principio, che le scommesse sul rialzo o ribasso delle merci il cui prezzo è notato alla borsa sono comprese nei termini dell'art. 1965 (1837); ma poichè questo regola, spinta tropp'oltre, potrebbe creare pericolosi ostacoli alle transazioni commerciali, ha aggiunto che « la legge ha voluto fare una salutare distinzione tra la vera negoziazione del frutto del lavoro e dell'industria, tra le speculazioni sincere del commercio, e i negozi fittizi, le transazioni immorali e ruinose, fondate unicamente sulle somme che rappresentano la differenza di valori o capitali immaginari (2). » La qual distinzione deve regolarsi colle medesime idee adottate in fatto di negozi a termine di effetti pubblici. In conseguenza dovranno, anche in questo caso, sceverarsi le speculazioni che, fatte senza intenzione di consegnar mai la merce, oggetto preteso della vendita, non contengono alcuna obbligazione di valore o capitale, ma si risolvono necessariamente nelle differenze, da quelle che, fatte da un venditore che non sia attualmente in possesso della merce venduta, hanno questa realmente per oggetto, ed implicano nel venditore l'obbligo di consegnare, e nel compratore l'obbligo di ricevere la consegna al termine convenuto. Le prime soltanto dovranno considerarsi come vere scommesse, fatte sotto l'apparenza di un negozio a termine, pel paga-

(1) Vedi Bédarride (*Riv. crit. di legislaz. e di giurisprud.*, t. X, p. 144 e seg.).

(2) Parole della decisione dei 26 febbraio 1845, citata nella nota seguente.

mento delle quali la legge non accorda alcuna azione (1). In questo caso ancora trattasi dunque di una quistione di fatto; però, giovi ripeterlo, i giudici del merito, che ne sono i supremi estimatori (2), dovranno nello interesse del commercio, e specialmente quando trattisi di negozianti e di cose del loro commercio, andar cauti ad ammettere una eccezione che avrà per risultato di far ritenere come fittizie transazioni in apparenza reali, facendole dichiarare semplici operazioni di giuoco.

V. — 634. Abbiamo veduto quali siano i giuochi e le scommesse per cui non può intentarsi alcuna azione giudiziaria, sia perchè rientrano nell'applicazione dell'art. 1965 (1837), sia perchè illeciti e nulli ai termini della legge; conviene ora, attenendoci alle distinzioni sopra indicate (n. 607), dedurre le conseguenze giuridiche della regola.

635. E primieramente ne segue, che se colui che ha guadagnato, reclami in giudizio un debito di giuoco o il pagamento di una scommessa, il perdente può, opponendo la eccezione cavata dalla causa medesima del debito, farsi assolvere dalla domanda. Ciò non potrebbe esser dubbio se, rimanendo le parti nei precisi termini della convenzione e nello stato in cui erano nel punto in cui il giuoco o la scommessa ebbero fine, il vincitore proponga la sua azione in giudizio: se il perdente oppone la eccezione, la domanda dovrà essere rigettata, nè i giudici potrebbero esimersi da tale risultamento.

636. Ma potranno essi, quando la causa del debito si manifesti da sè stessa ai loro occhi, supplire di officio la eccezione nello interesse del perdente che non l'abbia opposta? Noi nol crediamo, almeno in principio. Intanto la soluzione contraria risulta da una decisione della Corte di cassazione (3), ed è stata espressamente consacrata dalla Corte d' Amiens in questi termini: « Attesochè, secondo l' art. 1965 (1837) del Codice Napoleone, la legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa; che le operazioni fatte tra X..., da una parte, e G... ed H... dall'altra, sono tante infrazioni ad una legge d'ordine pubblico; che quindi non possono i tribunali pronunciare una condanna per fatti che la legge priva di qualunque azione, e anzi considera come delitti; — che poco importa nella specie che G... ed H... non d'*altro contendono se non del modo di stabilire il loro conto con X...*, mentre qualunque si fosse il risultamento del conto in favore di quest'ultimo, la giustizia non potrebbe dare la sua sanzione al pagamento di un debito per cui la legge nega qualunque azione in giudizio (4). » Però è a notare, che, nelle due specie, trattavasi di operazioni che implicavano la scommessa sul rialzo o ribasso dei pubblici effetti. Or la scommessa, in questo caso, costituisce un delitto, come è detto nella decisione della Corte di Amiens; ed era ben naturale che dovesse quella riguardarsi come una quistione d'ordine pubblico, in cui la giustizia ha sempre il dritto e il dovere d'intervenire d'officio, senza punto curare l' attitu-

(1) *Vedi* Ric., 29 nov. 1836 (S. V., 37, 1, 435; Dalloz, 37, 1, 90; *J. P.*, 1837, t. I, p. 242); Cass., 26 febb. 1845 (S.V., 45, 1, 161; Dalloz, 45, 1, 101; *J. P.*, 1845, t. I, p, 463); Ric., 1 aprile 1856 (S.V., 57, 1, 192; Dalloz, 56, 1, 118; *J. P.*, 1857, p 1180); Parigi, 26 agosto 1826; Bordeaux, 28 agosto 1826; Montpellier, 29 settembre 1827; Bordeaux, 29 agosto 1828; Lyon, 31 dicem. 1832; Amiens, 15 giugno 1835; Lyon, 11 genn. e 9 aprile 1840; Bordeaux, 16 luglio 1840; Parigi, 11 marzo 1842, 14 agosto 1847, 17 marzo 1849, 16 luglio 1851; Montpellier, 23 genn. 1856; Metz, 9 aprile 1856 (*J. P.*, 1849, t. I, p. 431, S. V., 27, 2, 33; 28, 2, 134; 29, 2, 70; 49, 2, 333; 51, 2, 512; Dalloz, 27, 3, 36; 29, 2, 136; 34, 2, 37; 40, 2, 214 e 220; 42, 2, 233; 49, 2, 169 e 214; 52, 2, 95; 57, 2, 150).

(2) *Vedi* le due decisioni dei 29 nov. 1836 e 1 aprile 1836, citate nella precedente nota.

(3) Rig., 19 giugno 1855 (J. Pal., 1855, t. II, p. 409; Dalloz, 55, 1, 292; S. V., 56, 1, 162).

(4) Amiens, 14 genn. 1859 (J. P., 1859, p. 204; Dalloz, 59, 2, 70; S.V., 59, 2, 232). — *Vedi* pure Parigi, 10 luglio 1850; Rouen, 8 febb. 1854 (J.P., 1850, t. II, p. 424; 1854, t. II, p. 603; Dalloz, 57, 2, 184; 54, 2, 133).

dine presa dalle parti. Ciò appunto facea nettamente rispiccare l' avvocato generale Bécot, organo del pubblico ministero innanzi la Corte di Amiens. « Supponete, dicea questo magistrato, che il complice di un fatto delittuoso, furto, usura, eccitamento alla corruzione, controbando, esercizio illegale della medicina, tenuta di casa di giuoco, e che so io, pensi di chiamare in giudizio innanzi una giurisdizione civile gli autori del delitto, per regolare i conti fra di loro; supponete che i delinquenti, rattenuti dal timore dell'azione pubblica o dalla vergogna, non oppongano alcuna eccezione, sarebbe per questo il giudice, con piena conoscenza di causa, obbligato a fare la loro liquidazione? La giustizia non deve occuparsi di questi fatti che per punirli; la legge non può consacrare civilmente ciò che penalmente ha vietato. Il giuoco di borsa è forse un delitto privilegiato?... La obbligazione che lo attore vorrebbe far consacrare non ha legalmente alcun carattere. Il giudice dunque è incompetente a giudicarla dal lato del dritto. Nè potrebbe tampoco trarsi argomento dagli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839)... Noi ammettiamo che, in qualità di giuoco e di scommessa, debbano applicarsi alla scommessa sull'alto e il basso gli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839), e che quindi il vincitore non abbia azione pel pagamento, e il perdente azione per la ripetizione; ma bisogna anche tener conto del delitto, e poichè il fatto che dà origine al debito costituisce un attentato all' ordine pubblico, non può mettersi in dubbio il dritto del giudice di rifiutarsi a giudicare sulla domanda... »

Ma noi abbiamo già detto, non potersi il giuoco e la scommessa in generale paragonare del tutto alla scommessa sul rialzo o ribasso dei pubblici effetti. Anzichè costituire un delitto, il giuoco e la scommessa in generale, quantunque privi di azione ai termini dell'art. 1965 (1837), ingenerano una obbligazione civile (*sopra*, n. 603), tanto che la legge medesima sanziona il pagamento volontariamente fatto di un debito di giuoco, negando a colui che ha pagato il dritto di ripetere (*infra*, articolo 1967 (1839)). Ma se il perdente può volontariamente pagare senza aver più dritto a ripetere, potrà per ciò stesso rinunciare alla eccezione che lo libererebbe assolutamente dalla obbligazione di pagare; e se vi rinuncia, col silenzio, come mai potrebbero i giudici d'officio imporgliene il beneficio? I giuochi e le scommesse ordinarie, diciamo ancora coll'avvocato generale Bécot, sono tollerate dalla legge; per cui le loro conseguenze dovranno essere lasciate nel dominio privato, di guisachè il perdente sarà libero d'invocare o pur no l'art. 1965 (1837), ed il giudice non potrà mostrarsi più severo della legge, allegando l'interesse dell'ordine pubblico, quando la legge non ne parla.

637. Noi finora supponiamo che le parti trovinsi nello stato in cui erano alla fine del giuoco o dopo la scommessa, cioè l'una che perde e l'altra che vince, e che quest'ultima fondi la sua azione sulla promessa od obbligazione verbale del perdente. Però può avvenire, e spesso avviene di fatti, quando le parti giocano per somme vistose, che il perdente, non essendo in grado di pagare in contanti, riconosca il suo debito con biglietti da lui sottoscritti; ed allora, nel caso di contestazione, l'azione si propone sotto forma di domanda per pagamento dei biglietti. Potrà il convenuto, anche in questo caso, opporre la eccezione di giuoco? A tal rispetto bisogna distinguere se la domanda sia fatta dal vincitore che sia ancora in possesso dei biglietti, o da un terzo a cui siano stati trasferiti.

638. Nel primo caso, nessun dubbio che il perdente abbia il dritto di opporre la eccezione perentoria risultante dall'art. 1965 (1837). Questo dritto sarà intero ed assoluto, qualunque sia la forma del titolo e la causa attribuitavi. Invano si direbbe. o che la consegna dei biglietti equivale ad un pagamento nel senso dell'art. 1967 (1839), e che quindi, ai termini di questo medesimo articolo, il perdente non può più ritornare sopra un fatto compito, o che la sottoscrizione dei biglietti ha operato una novazione,

per effetto della quale la nuova obbligazione ha quella sanzione attiva che mancava alla prima. Le due obbiezioni sarebbero inefficaci: la prima, perchè il solo pagamento *fatto volontariamente e senza frode*, come diremo sotto l'art. 1967 (1839), può togliere al perdente il dritto di ripetere; la seconda, perchè, come vedremo più innanzi (*infra*, n. 645), la novazione di un debito di giuoco non può avere effetto utile sotto il punto di cui noi parliamo. Ripetiamo adunque, in questo caso il perdente avrà sempre il dritto di opporre la eccezione di giuoco (1), e potrà anzi, facendola da attore, e senza aspettare di esser chiamato in giudizio, citare il vincitore per farsi restituire i biglietti da lui sottoscritti (2).

639. La sola difficoltà potrebbe essere quanto alla pruova. E questa difficoltà svanirebbe del tutto, se i biglietti fossero soscritti per debito di giuoco, o se, non indicando alcuna causa, o indicandone una non vera, il vincitore confessi essere realmente effetto di un giuoco o di una scommessa. La pruova sarebbe allora bella e fatta, e l'azione del vincitore dovrebbe essere inevitabilmente respinta. Però, come è naturale, d'ordinario non avviene in quel modo. Colui che avrà guadagnato, e che, sapendo non accordargli la legge alcuna azione contro l'altro giocatore, avrà richiesto un'obbligazione scritta onde assicurare il suo credito, non penserà certo di farvi indicare la vera causa, nè di confessarla. La obbligazione conterrà dunque una causa falsa, che lo attore si sforzerà di presentare come la vera. Potrà allora il convenuto, per giustificare la eccezione di giuoco da lui opposta, essere ammesso a provare con testimoni la falsità della causa enunciata? Per sostenere la negativa, potrebbesi trarre argomento dallo art. 1341 (1295), il quale non permette di ammettere alcuna pruova contro ed oltre il contenuto degli atti. Ma questa soluzione non sarebbe la migliore; poichè a buoni conti il perdente non altro vuole che stabilire la simulazione, la frode contro la legge; provare che il debito di cui gli si domanda il pagamento ha realmente una causa, se non illecita, priva di qualunque azione per disposizione espressa della legge. Il fatto dunque rientra per sua natura tra quelli per cui può essere ammessa la pruova testimoniale, come è oramai costantemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza (3).

640. Ma noi non pensiamo, come opina Duranton (4), che, in caso di contumacia del convenuto, possano i giudici, traendo partito dalle circostanze della causa e da presunzioni gravi, precise e concordanti, respingere la domanda dello attore; e, se non altro, crediamo doversi fare una distinzione che sorge dalle precedenti nostre osservazioni. Se il debito per cui si procede contro il contumace abbia origine in una scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti, noi diremmo, d'accordo con Duranton, che i giudici, in forza di presunzioni gravi, precise e concordanti, possano anche d'officio, e in contumacia del convenuto, restituire ai biglietti la loro vera causa, e quindi respingere la domanda dello attore; perciocchè allora la scommessa costituirebbe un fatto illecito, un reato colpito dalla legge penale (*sopra*, n. 604), e potrebbe ben dirsi che legalmente le con-

(1) Ric., 20 dic. 1814, 30 nov. 1826 (S.V., *Coll. nov.*, 4, 1. 648; 8, 1, 467; 16. 1, 212; 27, 1, 66; Dalloz, *Racc. alf.*, 9, p. 598; *Racc. per.*, 27, 1, 75); 12 genn. 1842; 4 nov. 1857 (S. V., 42, 1, 438; Dalloz, 42, 1, 129; 57, 1, 441). — Limoges, 2 giugno 1819; Lyon, 21 dic. 1822; Grenoble, 6 dicembre 1823; Limoges, 8 genn. 1824; Montpellier, 4 luglio 1828; Rouen, 14 luglio 1834; Lyon, 11 marzo 1856 (S.V., *Coll. nov.*, 6, 2, 81; 7, 2, 141, 274 e 286; 9, 2, 110; 35, 2, 170; 56, 2, 16; 57, 2, 525; Dalloz, 21, 2, 67; 23, 2, 91; *J. P.*, 1857, p. 1090). — *Vedi* pure Toullier (t. VI, n. 382); Maleville (art. 1965 (1837)); Duranton (t. XVIII, n. 107); Troplong (nn. 61 e 196).

(2) *Vedi* le decisioni di Rouen, 14 luglio 1834, e Lyon, 11 marzo 1856, citate nella nota precedente.

(3) *Vedi* Troplong (n. 64); Aubry e Rau (t. III, p. 417, nota 5); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 145 e 162); e le decisioni di Limoges, 12 giugno 1819, e 8 genn. 1824; Lyon, 2 dic. 1822; Grenoble, 6 dic. 1823; Ric., 4 nov. 1857 citate in una delle note precedenti.

(4) T. XVIII, n. 109.

clusioni della domanda non siano nè giuste, nè ben verificate, secondo le parole dell'art. 150 (244) del Codice di procedura. Ma non potrebbe andarsi più oltre: in qualunque altra ipotesi, la domanda dello attore, fondata sopra un titolo apparente, deve essere accolta appunto perchè il suo avversario non si presenta per difendersi. Il solo convenuto potrebbe, allegando la falsità della causa indicata nel titolo, e dimostrando la vera, opporre la eccezione perentoria derivante dallo art. 1965 (1837); ma poichè egli non si presenta per opporla, deve ritenersi che vi abbia virtualmente rinunciato: i giudici non possono supplirla quando il convenuto è contumace, come nol potrebbero quando, egli presente, non creda opportuno di opporla (*sopra*, n. 636).

641. Veniamo al caso in cui la domanda del pagamento sia fatta da un terzo a cui il vincitore abbia ceduto il titolo sottoscritto dal perdente. Qual sarà in questo caso il dritto del convenuto? Potrà egli opporre la eccezione di giuoco? Bisogna al proposito fare un'altra distinzione.

Se trattisi di una semplice obbligazione, il convenuto non perderebbe il suo diritto per ciò che il terzo a cui il vincitore l'ebbe trasferita, gliene abbia fatto notificare la cessione; e, almeno rispetto a questo terzo che lo chiami in giudizio, ignorando la causa del debito, la sua eccezione non potrebbe essere respinta, se non quando egli abbia accettata puramente e semplicemente la cessione fatta dal vincitore al cessionario attore (arg. dall'art. 1295 (1249)).

Se trattisi di effetti negoziabili, biglietti ad ordine o lettere di cambio, sottoscritti dal perdente o tratti sopra di lui, non potrebbe, al terzo che ne sia possessore per effetto di gira, opporsi la eccezione dell'art. 1965 (1837) se non quando sia di mala fede, cioè abbia conosciuto la causa del debito, o perchè indicata nel titolo, o perchè manifestatagli. In qualunque altra ipotesi, il perdente, soscrittore o trattario, opporrebbe invano la eccezione di giuoco contro il terzo possessore che gliene domandi il pagamento in giudizio: il favore dovuto a questa specie di titoli non permette che il debitore si liberi, per mezzo della eccezione, rispetto al terzo di buona fede che ne sia in possesso per effetto di una gira regolare.

Questi punti sono generalmente ammessi dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1).

642. Ma dopochè il perdente è stato costretto di pagare il terzo a cui il titolo era stato ceduto, potrà rivolgersi contro il vincitore che ne fece la cessione, o esercitare un regresso contro di lui? Ciò ha dato luogo a qualche dubbio; ma l'affermativa è stata oggi diffinitivamente consacrata (2), e con buona ragione. La Corte di Parigi avea dapprima giudicato in senso contrario in una specie in cui, per regolare taluni giuochi di borsa, eransi consegnate lettere di cambio che il traente aveva girato, e il trattario avea dovuto pagare ad un terzo di buona fede. « Considerando, avea essa detto (3), che H..., consegnando a D... le tratte di cui si parla, lo avea posto in grado di negoziarle e riceverne il valore, il che è stato fatto pria di qualunque domanda per parte di H...; che il danno di cui costui si lagna è conseguenza del suo fatto volontario e della libera esecuzione della sua obbligazione; che D..., facendo delle dette tratte un uso che gli era permesso, non può esser tenuto ad alcuna garanzia, nè H... può promuovere contro di lui una azione negatagli dalla legge, cioè la ripetizione d'una somma pagata... »

Ma questi stessi motivi manifestano la

(1) Ric., 29 nov. 1814, 30 nov. 1826; Cass., 12 apr. 1854; Rig., 4 dic. 1854 (S.V., *Coll. nov.*, 3, 1, 648; 8, 1, 467; *Coll. per.*, 27, 1, 66; 54, 1, 313 e 763; Dalloz, 27, 1, 75; 54, 1, 181 e 413; *J.P.*, 1854, t. I, p. 527, e t. II, p. 545); Parigi, 28 genn 1853, 18 ag. 1856, 27 nov. 1858 (S.V., 53, 2, 231; 59, 2, 88; *J. P.*, 53, t. I, p. 599; 1859, p. 154). — P. Pont *Vedi* pure Mollot (n. 331); Troplong (n. 196).

(2) *Vedi* specialmente le decisioni della Corte di cassazione e la decisione della Corte di Parigi del 27 nov 1858, citate nella precedente nota.

(3) Decisione dei 28 gennaro 1853, citata nella penultima nota.

inesattezza del giudizio della Corte, la quale riguardava come una ripetizione esercitata dal perdente, in onta alla disposizione dell'art. 1967 (1839) (*infra*, nn. 651 e seg.), ciò che in realtà era, per parte di questo ultimo, lo esercizio della facoltà concessagli dall'art. 1965 (1837). E difatti, la consegna di tratte fatta da un giocatore in pagamento di un debito che non può immediatamente pagare, non costituisce un pagamento reale, ma solo la promessa di pagare nel giorno fissato per la scadenza. Quando dunque, citato pel pagamento dal terzo a cui le tratte furono trasmesse, il soscrittore o il trattario chiama alla sua volta il vincitore che le ha trasferite, onde esserne garantito, egli non esercita in nessun modo l' azione per ripetizione contro quest'ultimo, poichè, non avendogli in fatto nulla pagato, non può nulla ripetere da lui. Ma che fa dunque in realtà? Egli oppone la eccezione di giuoco nel solo modo oramai permessogli dopo il trasferimento delle tratte. L'errore della Corte di Parigi consisteva nel vedere la libera esecuzione di un'impegno contratto con una convenzione di giuoco o di scommessa, cioè un pagamento volontario, nel fatto che il perdente avea consegnato le tratte e lasciatone verificare il trasferimento senza muovere alcun reclamo. Nel caso proposto, la consegna delle tratte non faceva che liquidare il debito di giuoco, ma non era certo il pagamento. Le tratte dunque, rispetto al vincitore, valgono come semplice promessa, la quale sarà illusoria, perciocchè, prima del pagamento effettivo, può il perdente far venir meno il dritto del vincitore, opponendo la eccezione perentoria fondata sulla causa stessa della sua obbligazione. Or l'uso anticipato fattone da quest'ultimo non ha potuto in nulla immutar la sostanza delle cose, nè rendere certo e diffinitivo un dritto incerto e precario. Invano dunque avrà egli trasmesso il titolo ad un terzo che l'abbia ricevuto anche di buona fede. In tal caso, il soscrittore dovrà senza dubbio esser condannato in favore del terzo, a cui non potrà opporre la eccezione di giuoco, appunto per ragion della sua buona fede. Ma egli avrà sempre il dritto di rivolgersi contro il vincitore, rispetto al quale la eccezione non vien meno se non dopo un pagamento volontario, e chiedergli di rilevarlo e garentirlo degli effetti della condanna pronunciata in favore di colui a cui il titolo è stato trasferito o girato.

È questa un' applicazione speciale dello art. 1965 (1837), o piuttosto una conseguenza naturale e necessaria della regola in esso stabilita; e, come del resto fu poi riconosciuto dalla medesima Corte di Parigi (1), questa conseguenza dev' essere tanto più ammessa, in quanto che, se si consenta per poco che l'uso *anticipato* del titolo fatto dal vincitore, *negoziandolo o trasferendolo prima della scadenza*, debba giovargli diffinitivamente, si darebbe così ai giocatori fortunati il più facile e sicuro mezzo di ottenere indirettamente la garanzia di un'azione giudiziaria ai crediti per cui la legge non ne volle alcuna accordare.

643. Da ciò siam tratti naturalmente a parlare di altre conseguenze che scaturiscono necessariamente dalla regola dell'articolo 1965 (1837).

Essendo vietata qualunque azione pel debito di un giuoco o pel pagamento di una scommessa, ne segue che un tal debito non potrà essere ratificato, confermato o compensato.

Infatti, la conferma o ratifica è ammessa dalla legge per gli atti che possano essere annullati o rescissi (Cod. Nap., art. 1338 (1292)); non può dunque parlarsene quando trattasi di una convenzione, non assolutamente e per sè stessa nulla ed illecita, ma posta dalla legge in condizione tale da non poter essere invocata in giudizio.

La compensazione non può aver luogo se non tra due debiti che hanno egualmente

(1) *Vedi* la decisione sopra citata del 27 novembre 1858.

per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di cose fungibili, *e che sono egualmente liquidi ed esigibili* (Cod. Nap., art. 1291 (1245)); or un debito che ha per causa una convenzione di giuoco o di scommessa non è mai esigibile, poichè il creditore non ha alcuna azione, e il debitore, se non ha pagato volontariamente, è sempre in grado di liberarsene, opponendo semplicemente la eccezione perentoria derivante dall' art. 1965 (1837) (1).

644. Però si è voluto anche inferire da quest'ultimo articolo, che un debito di giuoco o di scommessa non possa essere oggetto di fideiussione o di novazione (2). Questa proposizione invero non può ammettersi in modo assoluto. Secondo noi, essa è esattissima quando causa del debito sia una *scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti;* allora infatti la convenzione sarebbe radicalmente nulla, perchè costituisce un delitto (*sopra*, n. 604), ed è ben naturale che non possa annettervisi una fideiussione la quale non può sussistere se non per una obbligazione valida (Cod. Nap., art. 2012 (1814)), nè esser novata, poichè la novazione suppone sempre la *esistenza* di una obbligazione anteriore, che vien sostituita da una nuova (Cod. Nap., articolo 1271 (1225)).

645. Ma la proposizione non è più esatta se, astraendo da questo caso particolare, riguardiamo il contratto ordinario di giuoco e di scommessa. Come già dicemmo (*sopra* n. 603), esso è un *contratto civile*, riconosciuto, consacrato dalla legge civile, producente un'obbligazione *civile*, che per sè stessa non ha nulla d'illecito. Non vediamo adunque, almeno in principio, perchè mai questa obbligazione non possa essere novata, o garentita accessoriamente con una fideiussione. Però, siccome la legge rifiuta espressamente qualunque azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa, la novazione e la fideiussione non potranno aver per effetto, sia di rendere al creditore l'azione negatagli dalla legge, sia di togliere al debitore il dritto di opporre la eccezione di giuoco, obbligandolo al pagamento (3). Determiniamo questo punto con qualche esempio.

Paolo, avendo perduto 10,000 fr. al giuoco, e sapendo che non potrebbe in breve tempo procurarsi la somma, offre a Pietro, vincitore, di sostituire all' obbligazione di pagare i 10,000 franchi quella di consegnargli la sua biblioteca: Pietro accetta la offerta, e quindi sottoscrivono in questi termini l'obbligazione. In tal modo si hanno tutti gli elementi della novazione, cioè una prima obbligazione, la quale era lecita per sè stessa, sebbene priva di sanzione, la estinzione di questa obbligazione, e la sostituzione di una nuova: la novazione è dunque possibile, non essendo vietato di stabilirla nei suoi elementi costitutivi. Ma non per questo verranno meno gli effetti e le conseguenze dell' art. 1965 (1837), e quindi Paolo, al vincitore che domandi la consegna della sua biblioteca, potrà opporre la eccezione di giuoco, come lo avrebbe potuto se, non fatta la novazione, fosse stato citato pel pagamento dei 10,000 fr. Potrebbe forse dirsi che, atteso un tale risultamento, non siavi in fatto alcun interesse ad ammettere o negare la possibilità d'una novazione. Ma noi rispondiamo, che questo interesse in certo modo esiste, poichè se la biblioteca, oggetto della nuova obbligazione, perisse per caso fortuito, Paolo sarebbe liberato senza bisogno di opporre la eccezione di giuoco, che al postutto non si mette mai avanti senza qualche scrupolo. Ad ogni modo, vi sarebbe l'interesse dei principi, che non debbonsi mai sacrificare.

Supponiamo invece la fideiussione. Paolo

(1) Nic., 30 nov. 1826, 12 gennaro 1842 (S. V., 27, 1. 66; 42, 1, 438; *Coll. nov.*, 8, 1, 467; Dalloz, 27, 1, 75; 42, 1, 129); Orléans, 30 nov. 1825; Angers, 13 agosto 1831 (S. V., 32, 2, 270; *Coll. nov.*, 8, 2, 509).—*Vedi* pure Aubry e Rau secondo Zachariae (t. III, p. 417, nota 3).

(2) *Vedi* gli scrittori e le decisioni citate nella nota precedente.

(3) Conf. D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, pag. 118 e seg.).

perde al giuoco una somma di 10,000 fr., per cui sottoscrive un'obbligazione in favore di Pietro vincitore, promettendo pagarla in un tempo determinato; e Giacomo se ne rende mallevadore. La fideiussione sarà certamente valida; anzi può dirsi che rientri nei casi preveduti dall' art. 2012 (1884) del Codice Napoleone, il quale, dopo aver detto che « la fideiussione non può sussistere, se non è valida la obbligazione, » aggiunge subito « che può ciò non ostante prestarsi la fideiussione per una obbligazione, la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato... » La fideiussione è dunque valida; sicchè Pietro avrà verso di lui obbligati un debitore principale, ed un fideiussore contro cui può sussidiariamente rivolgersi. Ma non per questo muterà la condizione di Paolo, il quale, checchè avvenga, non potrà nè direttamente, nè indirettamente essere costretto alla esecuzione della obbligazione che ha causa nella convenzione di giuoco o di scommessa. Adunque, citato da Pietro pel pagamento, potrà egli sempre liberarsi opponendo la eccezione perentoria dell'art. 1965 (1837). Citato da Giacomo, il quale, avendo pagato come fideiussore, intenda esercitare il regresso di cui parla l' art. 2028 (1900), sarà ugualmente libero d'invocare la causa della sua obbligazione, e respingere così un regresso che tenderebbe indirettamente a rendere obbligatorio un debito, il cui pagamento, per volontà della legge, dev'essere essenzialmente facultativo per parte del debitore. In quest'ultimo caso, Giacomo pagherà un debito che non gli è personale; ma non ha con chi dolersi. Obbligato come fideiussore, egli non era tenuto sotto condizioni più gravi del debitore principale (Cod. Nap., art. 2013 (1885)); avrebbe dunque potuto, come quest'ultimo, esimersi dal pagamento opponendo la eccezione di giuoco: nè deve accagionar che sè stesso se non seppe o non volle esercitare il suo dritto.

VI. — **646.** Un ultimo punto dobbiamo ancora determinare pria di venire al commentario dell'articolo 1967 (1839); cioè a quali debiti debba precisamente applicarsi la disposizione dell'art. 1965 (1837). La legge parla *del debito di giuoco*, *del pagamento di una scommessa*. Adunque l'azione è soltanto negata pei debiti nati direttamente dalla convenzione di giuoco o di scommessa, tra perdente e vincitore.

647. Ma altri contratti possonsi stipulare in occasione del giuoco o della scommessa. Dovranno perciò riguardarsi pure come privi di azione giusta l'art. 1965 (1837)? Per modo di esempio, Paolo, mancando dei mezzi necessari per giocare o fare una scommessa, si rivolge a Pietro e ne ottiene in prestito una somma: sarà questi privo di azione per ottenere da Paolo il pagamento della somma prestatagli? gli si potrà forse opporre la eccezione risultante dallo art. 1965 (1837), poichè la somma *da lui* prestata diede a Paolo il *mezzo di giocare* o depositare il prezzo della scommessa? La quistione dovrà risolversi con una distinzione, facile per altro a prevedere.

Se colui che presta il danaro sia assolutamente estraneo all'operazione, non abbia alcuno interesse nella partita, ignori anche la destinazione della somma richiestagli, è pur troppo evidente non poterglisi negare l'azione pel pagamento, quand'anche il giocatore avesse perduto l'intera somma prestatagli, ed anche dippiù. In tal caso infatti, l'azione è fondata, non sul contratto di giuoco o di scommessa a cui la legge non accorda alcuna sanzione, ma sul prestito, contratto di beneficenza, degno del favore e della protezione della legge (1).

Se per l'incontro colui che ha prestato il danaro sia interessato, se per esempio, impegnata la partita, egli abbia anticipato una somma ad uno dei giocatori, al fine di facilitare e favorire il giuoco, allora è ben altra cosa. In tal caso la causa del prestito non merita maggior protezione del giuoco, e, come questo, non può dar luogo

(1) Colmar, 29 genn. 1841 (S. V., 42, 2, 492; Dalloz, 42, 2, 111).

ad alcuna azione. In questo senso è stato giudicato, e ben a ragione, che la Società degli agenti di cambio, la quale presti sul fondo comune delle somme ad uno dei suoi membri per far fronte ai suoi impegni e dargli il mezzo di continuare le sue operazioni, conoscendo che l'agente è solito abbandonarsi ai giuochi di borsa, non abbia azione per reclamare le somme da lui prestategli (1).

648. Supponiamo però che il prestito, anzichè prima, sia stato fatto dopo il giuoco o la scommessa, per pagare una somma perduta: la soluzione allora non darà luogo alle medesime distinzioni. Il mutuante ha voluto rendere un servigio al mutuatario, apprestandogli i mezzi per pagare un debito dalla legge non riconosciuto, in quanto che non accorda al creditore alcuna azione, ma al pagamento del quale ogni uomo di onore e di coscienza deve credersi obbligato. Il mutuante adunque, abbia o pur no conosciuto l'origine e la causa del debito per la cui estinzione fu impiegata la somma prestata, abbia o pur no partecipato al giuoco, causa di tal debito, avrà sempre dritto a costringere il mutuatario al pagamento. In qualunque ipotesi, la sua azione è fondata sul prestito, contratto serio, e degno in sommo grado della protezione della legge; e il giocatore, appunto perchè è sempre libero di pagare il debito di giuoco, senza poter più ripetere quanto abbia volontariamente pagato coi propri danari (articolo 1967 (1839)), non potrebbe esimersi dall'obbligo di restituire le somme da lui tolte in prestito per estinguerlo (2).

649. Un altro caso avviene di frequente nella pratica, cioè quando un terzo paghi pel perdente un debito di giuoco o di scommessa. In questo caso, non vi sarebbe alcun dubbio se il terzo abbia pagato colla semplice qualità di gestore di affari, cioè senza il consentimento del giocatore che ha perduto, o anche a sua insaputa; perciocchè quest'ultimo non potrebbe, contro sua volontà, esser privato del beneficio dell'art. 1965 (1837). Il gestore d'affari non avrebbe dunque dritto a farsi pagare, o almeno l'azione da lui spinta potrebbe essere rigettata, opponendovisi la eccezione di giuoco, come se si trattasse dell'azione promossa dallo stesso vincitore.

650. Ma che decidere nel caso in cui il terzo abbia agito, non come gestore di affari, ma come mandatario del perdente? Per modo d'esempio, un tale ha perduto al giuoco o in una scommessa una somma più o meno considerevole, e dà incarico ad un amico di pagarla per liberarlo: il mandatario avrà forse in tal caso l'azione di mandato contro il suo mandante? Posta in questi termini, la quistione non presenta nemmeno alcun dubbio, supposto anche che il mandatario incaricato di pagare conosca pienamente l'origine e la causa del debito. Infatti, il debito di giuoco, sebbene non obblighi legalmente il debitore, il quale può sempre negarsi al pagamento, secondo l'art. 1965 (1837), potrà nondimeno essere effettivamente pagato, tanto che, ove il debitore abbia creduto soddisfare alla sua obbligazione pagandolo, la legge non gli permette più di ripetere la somma pagata (art. 1967 (1839)). Perchè dunque il mandato di pagare un tal debito dovrebbe considerarsi contrario all'ordine pubblico più dello stesso pagamento? Se il pagamento è permesso e sanzionato dalla legge, può ben dirsi che il mandatario, incaricandosi di effettuarlo, ha preso su di sè lo adempimento di un fatto pienamente legittimo. Perchè dunque gli si dovrebbe negare l'azione contro il mandante

(1) Ric., 30 maggio 1838 (S. V., 38, 1, 753; Dalloz, 38, 1, 226; *J. Pal.*, alla sua data). — *Vedi* puro, nello stesso senso, Douai, 8 agosto 1857 (Dalloz 58, 2. 46).—*Vedi* intanto Dalloz (*Giurispr. gen.*, alla parola *Borse di commercio*, n. 213).

(2) *Vedi*, intorno a questi vari punti, Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 418); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 22, nota 4); Taulier (t. VI, p. 494); Troplong (nn. 66 e seg.); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 444). — *Vedi* pure la decisione di Colmar, già citata, del 29 gennaro 1841.

onde ottenere ciò che abbia pagato in esecuzione del mandato? A buoni conti, questa azione ha per oggetto, non più il debito di giuoco, ma il debito nuovo che scaturisce dal contratto di mandato. Se si togliesse questa azione al mandatario, o, ciò che è lo stesso, se gli si potesse opporre la eccezione dell'art. 1965 (1837), non si farebbe che dare indirettamente al perdente che ha pagato quel dritto di ripetizione che la legge gli nega, permettendogli così di ritornare sul fatto proprio, mentre egli ha realmente eseguito la sua obbligazione, incaricando un terzo di eseguirla in suo nome (1).

Ma la difficoltà nasce nel caso in cui il mandato di pagare sia stato dato alla persona stessa che avea già ricevuto ed eseguito il mandato di giocare, che partecipava al giuoco prendendovi un interesse personale. Senza dubbio, anche in questo caso può ben dirsi, e si è detto infatti, che il giuoco o la scommessa, sebbene non garentito da alcuna azione, è nondimeno un fatto lecito agli occhi della legge, poichè costituisce un contratto; che il mandato di fare un contratto dev'essere valido; e che quindi il mandato di giocare può produrre tutti gli effetti dalla legge stabiliti; in altri termini, che il mandatario abbia dritto di ripetere dal mandante le spese che ha dovuto fare per l'esecuzione del mandato, ed il mandante di chieder conto al mandatario delle somme guadagnate nel giuoco o nella scommessa (2). Havvi anzi in questo senso una decisione della Corte di Aix. Nella specie, uno speculatore avea scommesso sul rialzo e il ribasso dell'acquavite per mezzo di un agente il quale, dopo aver fatte tutte le operazioni della scommessa, chiedevagli il rimborso della perdita da lui pagata al vincitore. La Corte riconosceva in fatto « essere evidente che il giocatore non ebbe mai intenzione di consegnare o ricevere, quando vendeva o comprava quantità considerevoli dell'acquavite, ma che volea speculare sul rialzo e sul ribasso; » aggiungeva anche che l'agente, « il quale conosceva la condizione del giocatore che lo adibiva, ed avea fatto tutte le compre e le vendite, avea conosciuto che quei negozi altro non fossero che giuochi o scommesse sull'alto e il basso, e che quindi, per questo aspetto, sarebbe il caso di applicare l'art. 1965 (1837), il quale non accorda alcuna azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa. » E pure, dopo tutto questo, la Corte, fondandosi sulla circostanza che il pagamento era stato effettuato dal mandatario per conto del mandante, e col consenso di costui, giudicava che, « siccome il giocatore non avrebbe potuto ripetere dal vincitore le somme direttamente pagategli, così non potea invocare le disposizioni dello art. 1965 (1837) contro il suo mandatario per esimersi dal pagamento di quanto quest'ultimo avea pagato per ordine e per conto del suo committente (3). »

Ma nondimeno, anche in questa ipotesi, in cui non trattasi della scommessa qualificata delitto dalla legge penale, non crediamo esatta cotesta soluzione. Ed invero, se il giuoco o la scommessa ordinaria non sono illeciti nel senso assoluto della parola, sono però disapprovati dalla legge, la quale non li ha attivamente sanzionato, togliendo alle parti qualunque azione. Colui dunque che accetta il mandato di giocare o di scommettere, cioè d'intervenire con conoscenza di causa in una transazione così disapprovata dalla legge, deve riguardarsi come se si fosse associato a suoi rischi e pericoli alle eventualità del giuoco o della scommessa; e se ha pagato il vincitore, fosse pure in esecuzione di un secondo mandato datogli specialmente, dopo consumata la perdita, non dev'essere ammesso ad esercitare un'azione di rimborso contro il mandante, poichè il secondo mandato,

(1) Parigi, 21 ag. 1856 (*il Dritto* dell'11 sett.).— *Vedi* pure Ric., 6 marzo 1834 (S. V., 34, 1, 180; Dalloz, 34, 1, 156; *J. Pal*, alla sua data).

(2) *Vedi* D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, pagine 455 e 456).

(3) Aix, 25 marzo 1844 (S. V., 45, 2, 35).

conseguenza o compimento del primo, è come questo inviziato per le medesime ragioni: ben a ragione dunque la decisione della Corte di Aix fu annullata in cassazione (1). La contraria soluzione è generalmente seguita in dottrina e in giurisprudenza (2); se si decidesse il contrario, verrebbe frustrata la disposizione della legge, rendendo facilissimo lo eluderla, perciocchè, nei casi in cui non è accordata *alcuna azione* reciproca trai giocatori, si frapporrebbe tra loro un terzo, il quale, facendola da mandatario, avrebbe poi il dritto, sotto pretesto di pagamenti fatti per liberare il perdente, di costringere quest'ultimo a pagare.

Ad ogni modo, quest' ultima soluzione deve con più buona ragione ammettersi nel caso, molto più frequente in pratica, di scommessa *sull'alto o il basso dei pubblici effetti*. La considerazione su cui fondasi la contraria opinione manca qui assolutamente; imperciocchè, lungi dall'essere considerata come un contratto civile, la scommessa, in questo caso speciale, costituisce un fatto delittuoso preveduto e punito dalla legge penale. Pertanto il mandato dato per compiere le operazioni inerenti ad un tal fatto è nullo per sè stesso, secondo le regole proprie del mandato. Infatti, per principio, il mandato non è obbligatorio nè dà luogo ad alcuna azione, se abbia per oggetto una cosa contraria alle leggi o ai buoni costumi: *Rei turpis nullum mandatum est: et ideo hac actione non agitur* (l. 6, § 3, Dig., *Mand. vel cont.*). Adunque l' agente, il mandatario che ha fatto per conto del mandante una speculazione sul rialzo o sul ribasso dei pubblici effetti, non potrebbe in alcun modo essere ammesso a chiedere il rimborso delle anticipazioni fatte in esecuzione del mandato, quando la speculazione racchiuda in sostanza una scommessa. Possiam dire in tal caso, ciò che Pothier diceva in occasione di un altro mandato speciale preveduto dalla legge romana (l. 12, § 11, Dig., *Mand. vel cont.*), che il mandante è forse obbligato dalla buona fede a rimborsare al suo mandatario le anticipazioni fatte per conto di lui; ma che il mandatario alla sua volta, avendo favorito la passione del mandante per un fatto illecito, è obbligato personalmente a riparare il danno da lui cagionato; e che così neutralizzandosi e distruggendosi a vicenda le due obbligazioni, non si può permettere alcun'azione (3).

La giurisprudenza si è sempre uniformata a questi principî; ed applicandoli con somma esattezza agli agenti di cambio nelle relazioni coi loro clienti, ha giudicato che lo agente di cambio, in tutti i casi in cui le operazioni per cui ha prestato il suo ministero debbano considerarsi come una semplice scommessa, non ha azione contro il cliente, sia pel pagamento dei suoi dritti di commissione, sia pel rimborso delle anticipazioni da lui fatte per conto di quest'ultimo (4).

(1) Cass., 26 febb. 1845 (*J. Pal.*, 1845, t. I, pag. 463; Dalloz, 45, 1, 101; S.V., 45, 1, 161).

(2) *Vedi* Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 418, note 8 e 9); Troplong (nn. 73 e 74); Ballot (*Riv. di dr. franc. e stran.*, 1849, p. 809); Taulier (t. VI, p. 495). Questa opinione è stata da noi sostenuta nella *Rivista di legislazione* (t. XXII, p. 339), e nella *Rivista critica* (t. II, pag. 10 e seg). — *Vedi* pure Bordeaux, 29 ag. 1828 e 3 febb. 1848; Parigi, 16 luglio 1851 e 31 luglio 1852 (S. V., 29, 2, 70; 48, 2, 693; 51, 2, 512; 52, 2, 690; Dalloz, 29, 2, 136; 49, 2, 77; 52, 2, 95; 55, 5, 67, 174; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 536; 1853, t. I, p. 370).

(3) Pothier (*Mandato*, n. 8).

(4) Rig., 11 ag. 1824, Ric., 25 genn. e 2 maggio 1827, 5 marzo 1834, 27 genn. 1852, 7 gennaro 1857 (S.V., 24, 1, 409 e 414; 27, 1, 122 e 450; 54, 1, 140; *J. Pal.* 1853, t. I, p. 449; Dalloz, 24, 1, 306 e 322; 27, 1, 125 e 227; 34, 1, 156; 52, 1, 291; 58, 1, 114); Parigi, 29 marzo 1832, 14 marzo 1842, 10 luglio 1850, 11 e 28 marzo 1851; Rouen, 9 febb. 1852; Bordeaux, 15 giugno 1857; Lyon, 6 nov. 1857 (S.V., 32, 2, 293; 51, 2, 153 e 512; 57, 2, 733; Dalloz, 32, 2, 150; 42, 2, 232; 51, 2, 184, 217; 52, 2, 95; 53, 2, 200; 58, 2, 31; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 424; 1851, t. II, p. 204 e 237; 1854, t. I, p. 529; *il Dritto* del 19 nov. 1857). A torto si citerebbero come contrarie le decisioni della camera de' ricorsi de' 29 nov. 1831 e 16 aprile 1833 (S.V., 32, 1, 37; Dalloz, 33, 1, 200) poichè, non essendo stato proposto avanti i giudici di merito il mezzo tratto dalla nullità del mandato e dal carattere illecito delle operazioni, la Corte di cassazione si limitò a dichiarare che quel mezzo non potesse da lei venir supplito.

1967 (1839). — Il perdente non potrà in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato; purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa *.

SOMMARIO.

I. 651. Principio dell' art. 1967 (1839) : rimando. — Divisione.

II. 652. La disposizione dell'art. 1967 (1839) è generale, e si applica tanto nel caso dell'art. 1966 (1838), quanto in quello dell'art. 1965 (1837).

III. 653. Quando non può più ripetersi il pagamento fatto ? Bisogna assimilare al pagamento qualunque atto che spoglia diffinitivamente il perdente. — 654. Così, la dazione di mobili o di immobili in pagamento può costituire un pagamento nel senso dell'art. 1967 (1839) : osservazione per la garenzia in caso di evizione. — 655. Dicasi altrettanto della cessione di un credito: a quali condizioni. — 656. Secus *della sottoscrizione dei biglietti : rimando. — 657.* Quid *quando le poste sono depositate sulla tavola, o consegnate nelle mani di un terzo ? — 658. Colui che vince ha forse azione, in tal caso, contro il perdente che si sia impadronito delle poste, o contro il depositario che si neghi a restituirgliele ? Controversia.*

IV. 659. Che cosa richiedesi perchè il pagamento o gli atti equivalenti escludano il dritto di ripetere ? Pria di tutto devono essere fatti volontariamente. — *660. Conseguenze : del pagamento fatto per errore e di quello fatto da un incapace. — 661. Vuolsi inoltre, che non siavi stato dolo, soverchieria o truffa per parte del vincitore.*

V. 662, 663, 664. — Osservazioni speciali al dritto di ripetizione nel caso di scommessa sul rialzo e ribasso dei pubblici effetti.

I. — 651. Abbiamo veduto nel commento dei precedenti articoli che il contratto di giuoco o di scommessa, sebbene manchi di sanzione attiva, è nondimeno, salvo in ciò che riguarda la scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti, riconosciuto dalla legge positiva, che lo eleva al grado di contratto civile. L'art. 1967 (1839), regolando gli effetti civili di un contratto riconosciuto dalla legge civile, e determinando fino a qual punto sia obbligatorio, ci dice che in verun caso potrà il perdente ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa.

Noi già indicammo, nelle nostre osservazioni preliminari, il principio di questo articolo e il pensiero da cui è ispirato; nè fa più di bisogno ritornarvi (vedi *sopra*, nn. 601 à 604). Veniamo dunque al commentario, in cui parleremo successivamente della estensione dell'art. 1967 (1839), di ciò che costituisce un pagamento nel senso di questo articolo, e delle condizioni necessarie perchè il pagamento non possa più essere ripetuto. Faremo da ultimo qualche osservazione particolare alle scommesse sull'alto e il basso dei pubblici effetti.

II. — 652. Non bisogna lungamente insistere intorno al primo punto. Il luogo ove è collocato il nostro articolo e la sua formola medesima ne indicano chiaramente la estensione. L' art. 1965 (1837) stabilisce per principio generale che la legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa; e lo art. 1966 (1838) aggiunge che i giuochi che contribuiscono alla destrezza e allo esercizio del corpo sono eccettuati dalla precedente disposizione, salvo il dritto dei giudici di rigettare la domanda per l'intero, qualora la somma obbligata nel giuoco o

* Infine del corrispondente articolo 1839 delle *leggi civili* si è aggiunto «... *e purchè il perdente non fosse minore.* »

nella scommessa gli sembri eccessiva. Segue immediatamente l'art. 1967 (1839), il quale dispone che il perdente non potrà *in verun caso* ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa. Da ciò sorge evidente esser questa una disposizione generale, la quale, tranne il caso di dolo, soverchieria o truffa per parte del vincitore, deve applicarsi in tutti i casi, cioè tanto in quelli dell' art. 1965 (1837), quanto in quelli dello art. 1966 (1838). In conseguenza, siccome il giocatore che si sia dato ad un giuoco privo di qualunque azione e ne abbia nondimeno pagato il debito, non potrebbe ripetere quanto avesse pagato, parimente quello che si sia dato ad un giuoco di destrezza e ne abbia pagato il prezzo, non potrebbe nemmeno ripeterlo, allegando che fosse eccessivo. Nell'uno e nell'altro caso, tutto finisce col pagamento: la giustizia non può, nè d'officio, nè sulla domanda delle parti, riguardare come non avvenuta una obbligazione oramai confessata e liberamente eseguita dal perdente.

III. — 653. Ma qual sarà il pagamento che non potrà più ripetersi? L'art. 1967 (1839) intende forse parlare di un pagamento in danaro fatto al vincitore dal perdente o da un mandatario specialmente incaricato? O bisogna invece assimilare al pagamento taluni atti, come una dazione in pagamento, una cessione di credito, i quali indicano per parte del debitore l'intenzione formale e la volontà certa di adempiere la sua obbligazione? Se si dovesse giudicarne colle disposizioni del nostro antico dritto, ciò non potrebbe dar luogo ad alcuna quistione, poichè tutti gli atti che noi supponiamo equipollenti al pagamento erano dichiarati nulli, quando trattavasi di un debito di giuoco. Gli è vero che la dazione in pagamento effettuata per mezzo di una vendita di immobili era implicitamente riconosciuta e validata dall' ordinanza del 1629, la quale nell' art. 141 limitavasi a conservare le ipoteche acquistate sugli immobili dai creditori del venditore. « E poichè, diceva questo articolo, la sfrenata passione del giuoco spinge talvolta a giocare anche gli immobili, così vogliamo e dichiariamo che, non ostante la perdita e la *consegna* dei detti immobili, mascherata sotto l'apparenza di vendita, permuta o altro, siano rispettate le ipoteche delle mogli per le loro convenzioni, e dei creditori pei loro debiti, non ostante qualunque decreto, se sia provato che l' alienazione dei detti immobili sia conseguenza del giuoco. » Ma la dichiarazione del 1° marzo 1781, più severa contro il giuoco, avea pronunziato la nullità « delle vendite, cessioni, trasferimenti, e di ogni altro atto, di qualunque natura si fosse, fatto da maggiori o da minori per ragion di debito di giuoco. » La qual disposizione, applicata dalla moderna giurisprudenza alle dazioni in pagamento per debiti di giuoco contratti sotto il suo impero (1), dimostrava chiaramente che qualunque pagamento non fatto in danaro non fosse di ostacolo al dritto di ripetere.

Ma il Codice Napoleone, che per altro contiene un sistema completo sul contratto di giuoco e di scommessa, non ha riprodotto la disposizione della dichiarazione del 1° marzo 1781, la quale dunque dovrà considerarsi come abrogata; pertanto oggi i tribunali non potrebbero, senza violare l'art. 1967 (1839), annullare gli atti con cui il perdente in un giuoco o in una scommessa abbia volontariamente pagato il suo debito. Però un tale atto, qualunque si fosse, transazione, vendita di mobili o di immobili, cessione di crediti, ecc., non potrà, secondo i termini del nostro articolo, opporsi al perdente, se non indichi la sua volontà certa di liberarsi, operando il trasferimento diffinitivo di un valore o dritto qualunque.

(1) Parigi. 27 nov. 1811 (S. V., 12. 2, 60; *Coll. nov.*, 3. 2. 583; Dalloz, 23, 2, 96; *Racc. alf.*, t. III, p. 598).

654. Così, la consegna di mobili o di immobili a titolo di dazione in pagamento costituisce un vero pagamento, nel senso dello art. 1967 (1839), quando sia nella intenzione delle parti che il vincitore diventi immediatamente e diffinitivamente proprietario del mobile o dello immobile che ne formi l'oggetto; e in questo caso dovrebbe respingersi qualunque azione del perdente, diretta a ripetere la cosa data in pagamento.—Ma se l'atto qualificato vendita sia in realtà un semplice mandato dato dal perdente al vincitore affin di vendere la cosa mobile o immobile, e trattenersi sul prezzo il valore del debito di giuoco, non potrà dirsi esservi pagamento irrevocabile e fatto compito capace di far respingere l'azione per la ripetizione, se non dopochè la vendita sia stata fatta e il vincitore siasi trattenuta la somma guadagnata nel giuoco o nella scommessa. Il perdente fino a quel punto può revocare la procura, e quindi può ben dirsi che la sua volontà ed intenzione di adempire l'obbligazione nascente dal giuoco o dalla scommessa non sia abbastanza manifesta.

Si avverta per altro, che la dazione di un immobile in pagamento, nel caso in cui equivale a vero pagamento che non può più ripetersi, non è una vendita propriamente detta. Dal che segue che, in caso di evizione, il nuovo proprietario non avrebbe azione di garenzia. E la ragione è semplicissima: il cessionario evitto non potrebbe ricorrere contro il cedente se non in virtù del suo primitivo credito di giuoco, contro il quale appunto sta la disposizione dell' art. 1965 (1837), secondo cui non è accordata azione per un tal credito. La vendita dunque in tal caso ha questo di particolare, che è fatta tacitamente senza garenzia. Ed anzi il vincitore non potrebbe nemmeno, ricevendo l'immobile in pagamento, riservarsi utilmente la garenzia. Una tale stipulazione dovrebbe considerarsi come non avvenuta, perciocchè rispettandola, si riuscirebbe indirettamente a dare al contratto di giuoco quella sanzione attiva che il legislatore non ha voluto accordargli (1).

655. Il medesimo può dirsi per la cessione di credito in pagamento di un debito di giuoco. Colui il quale, avendo perduto una somma al giuoco, cede regolarmente ed in pagamento al vincitore un suo credito verso un terzo, fa certamente un pagamento nel senso dello art. 1967 (1839). Però, affinchè questo pagamento sia tale da togliere al perdente il dritto alla ripetizione, secondo il medesimo articolo, sono necessarie due cose. Primo, che la cessione sia fatta senza garenzia, o che la stipulazione di garenzia, benchè aggiunta alla convenzione, rimanga senza effetto, poichè il cedente che garentisce non paga effettivamente, ma dà al cessionario due debitori invece di uno (2). Secondo, che la consegna del valore o del *credito* ceduto sia realmente traslativa, cioè trasporti diffinitivamente la proprietà in testa del vincitore; mentre a nulla varrebbe, secondo l'art. 1967 (1839), se fatta a titolo di semplice garenzia.

Lasciando per ora da canto una quistione di cui dovremo più innanzi specialmente occuparci (nn. 662 e seg), cioè se possa applicarsi l'art. 1967 (1839) quando trattisi di operazioni di borsa che nascondano una scommessa sull' alto e il basso dei pubblici effetti, possiamo citare in sostegno di quest'ultima osservazione la giurisprudenza stabilitasi a proposito delle consegne di valori fatte d' ordinario agli agenti di cambio dai loro clienti, a titolo di garenzia. Infatti è stato chiaramente giudicato, che la consegna di valori non costituisce pagamento, finchè l' agente di cambio li abbia in suo potere e che quindi il debitore potrà ripeterli (3); ma che al

(1) *Vedi* Pothier (*Della Vendita*, n. 192).

(2) Limoges, 2 giugno 1819 (S. V, 21, 2, 17; *J. P.*, 21 377; Dalloz, 21. 2. 67).

(3) Ric., 27 genn. 1852; Parigi, 11 marzo 1851; Bordeaux, 15 giugno 1857 (S.V., 541, 140; 51, 2, 145; 57, 2, 733; Dalloz, 51, 2, 217; 52, 1, 291; 58, 2, 31; *J. P.*, 1851, t. II, p. 257; 1853, 1, 449; 1858, 742).

contrario non vi sarà più dritto a ripetizione quando l'agente di cambio abbia venduto i valori consegnatigli senza opposizione del suo cliente, e per conto di lui (1).

Ma quando sarà la cessione realmente traslativa? A tal rispetto non possiamo altro dire, se non che tutto dipende dal modo seguito nel fare la cessione, e che questo modo varia secondo il genere di credito ceduto.

Così, se trattasi di un titolo nominativo, dovranno essere adempite le formalità degli art. 1689 (1535) e seguenti del Codice Napoleone. Se di un valore ad ordine, non si dovrà omettere alcuna delle condizioni che costituiscono una gira regolare (2). Se di un valore al latore, basterà la semplice tradizione per conferire al vincitore un dritto acquisito.—Notiamo del resto, che si è soliti assimilare a questi diversi modi di trasmissione il passaggio dei titoli in conto corrente (3). Infatti, per effetto di questa operazione, i valori entrano nella cassa del vincitore, il quale ne diviene proprietario.

656. Ma il caso è ben diverso quando, invece di fare una cessione traslativa che costituisce un pagamento effettivo, il perdente riconosce il suo debito, soscrivendo un'obbligazione o dei biglietti in favore del vincitore. Noi già mostrammo che la consegna dei biglietti ad ordine non costituisce un pagamento, ma una semplice promessa di pagare, per la cui esecuzione il creditore non ha alcuna azione, giusta l'art. 1965 (1837) (*sopra*, nn. 637 e seg.). Per medesimezza di ragione dobbiam dire che il fatto di riconoscere il debito, sia in forma d'una obbligazione notarile (4), sia sottoscrivendo biglietti ad ordine o effetti di commercio (5), non è una prova sufficiente della intenzione del debitore di pagare, nè si può vedervi l'equivalente del pagamento, dal quale non possa più recedersi, secondo l'art. 1967 (1839) che ne vieta la ripetizione. Non importa del resto, se la obbligazione o i biglietti depositati nelle mani di un terzo siano stati quindi da costui consegnati al vincitore (6), con o senza il consentimento del perdente; non importa nemmeno se il vincitore, trattandosi di effetti negoziabili, li abbia trasmesso per mezzo di gira. Queste circostanze non possono mutare il carattere del fatto primitivo, che è sempre una semplice promessa di pagare; ed appunto per ciò il perdente, quando sia obbligato di pagare il valore dei biglietti ad un terzo possessore di buona fede, ha, per regola generale, il suo regresso contro il vincitore in favore di cui li sottoscrisse (vedi *sopra*, n. 642).

657. Per l'incontro, vi sarà pagamento nel senso dell'art. 1967 (1839) se, avendo le parti depositato la loro posta sulla tavola o consegnatala nelle mani di un terzo, prenda il vincitore medesimo la somma totale delle poste, o la riceva dal depositario alla fine del giuoco, o guadagnata la scommessa.

Il deposito delle poste dimostra a sufficienza la volontà di attribuire al vincitore le somme impegnate; è un pagamento anticipato fatto sotto condizione: di guisa chè, verificatasi la condizione, in altri termini, quando il buon esito della partita ha attribuito al vincitore la proprietà delle poste, il

(1) Parigi, 29 nov. 1858; Rig., 1° agosto 1859; Ric., 2 agosto 1859 (S. V., 59, 2 81; 59, 1, 817; *J. Pal.*, 1859, p. 41; 1860, p. 294; Dalloz, 59 1, 289).

(2) Ric., 25 genn. 1827 (S. V., 27, 1, 122; *Coll. nov.*, 8, 1, 509; Dalloz, 27, 1, 125).

(3) Parigi, 22 marzo 1832 (S. V., 32, 2, 481; Dalloz, 32, 2, 67).

(4) Lyon, 21 dicembre 1822 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 141; Dalloz, 23, 2, 94).

(5) Ric., 30 nov. 1826; Cass., 12 aprile 1854; Rig., 4 dicembre 1854; Ric., 4 novembre 1857 (S. V., 27, 1, 66; 54, 1, 313 e 763; Dalloz, 27, 1, 75; 54, 1, 181 e 413; 57, 1, 441; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 527, e t. II, p. 545); Angers, 13 agosto 1831; Rouen, 14 luglio 1854; Lyon, 11 marzo 1856 (S. V., 32, 2, 270; 55, 2, 170; 57, 2, 525; *J. Pal.*, 1857, p. 1090; Dalloz, 32, 2, 141; 56, 2, 16).

(6) Angers, 22 febb. 1809 (S. V., 9, 2, 244; *Coll. nov.*, 3, 2, 31; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 601).

perdente non potrà più farsi rilevare della perdita che gli è toccata; e, fosse anche eccessiva, non avrà mai dritto a ripeterla.

658. Ciò posto, noi non vediamo alcun dubbio a risolvere una quistione mossa in questa ipotesi dagli scrittori. Si è supposto che il perdente, violando la legge del contratto, s' impadronisca e riprenda la sua posta, sebbene abbia perduto la partita, o che i terzi, nelle cui mani fossero state depositate le poste, non vogliano consegnarle al vincitore; e quindi si è chiesto se quest' ultimo in tal caso abbia azione contro il perdente, o contro il depositario. Alcuni scrittori opinano del no, in quanto che al postutto, l'azione avrebbe per oggetto un debito di giuoco, e sia quindi inammessibile, perchè contraria all' articolo 1965 (1837): di questo avviso è specialmente Troplong (1). Ma nondimeno sembra a noi evidente non potersi ammettere questa opinione. Infatti, che cosa mai vuol fare il vincitore nel caso proposto? Esercitare forse un'azione personale fondata sul contratto di giuoco, andando così contro la formale disposizione dell'art. 1965 (1837)? No certamente. Questo articolo riguarda le obbligazioni contratte per debiti di giuoco, le promesse fatte in occasione del giuoco *sulla parola*. Ma nulla di somigliante nella specie: le parti hanno giocato *in contanti*, hanno depositato le poste, colla intenzione manifesta e sotto la non dubbia condizione che la proprietà sarebbe trasferita a colui che verrebbe favorito dalla sorte. Quando dunque l'evento del giuoco è tornato favorevole ad una delle parti, costei è proprietaria della posta del perdente; di guisachè, quando poi procede contro chiunque la detiene indebitamente, non esercita già l' azione personale proscritta dall' art. 1965 (1837), ma l'azione di rivendicazione d'una cosa che le appartiene (2).

E per altro lo stesso Troplong ammette il principio, poichè non esita a riconoscere che il vincitore, nel caso supposto, è *divenuto proprietario*; e se ciò nonostante esclude la conseguenza da noi dedottane, lo fa, egli dice, perchè non è possibile non risalire alla causa prima di questo dritto di proprietà, e distinguerlo dal mezzo onde lo ha acquistato. Ma vedete ove si riuscirebbe con questa obbiezione! Si dovrebbe inferirne che il vincitore a cui, un giorno, una settimana, un mese dopo la partita, sia tolto con frode o con violenza ciò che ebbe acquistato nel giuoco, non potrebbe nemmeno agire in giudizio, perciocchè, anche in questo caso, sarebbe impossibile non risalire alla causa prima del dritto di proprietà! E nessuno certamente intende spingersi fino a tal punto. Or bene, in dritto, la condizione non è punto diversa quando il perdente, anzichè riprendere a sorpresa la sua posta dalle mani del vincitore un giorno, una settimana, un mese dopo la partita, la riprenda dalla *tavola* appena perdutala: in ambidue i casi egli prende una cosa che più non gli appartiene, e quindi il vincitore che ne domanda la restituzione, non agisce già pel pagamento di un debito di giuoco, ma rivendica la cosa sua.

IV. — 659. Il pagamento o gli atti equivalenti da noi enumerati, non escludono l'azione per la ripetizione, se non quando sia fatto sotto determinate condizioni, di cui dobbiamo ora parlare.

E primamente è necessario, secondo lo art. 1967 (1839), che il pagamento o l'atto equivalente sia stato fatto volontariamente dal perdente. Il senso intimo ed il testo medesimo dell'articolo indicano come debba ciò intendersi. La legge vuole un pagamento fatto *volontariamente*, cioè un pagamento fatto dal perdente, non solo senza alcuna violenza o frode e con piena libertà, ma con piena cognizione della qualità del debito, e sapendo che non vi potrebbe esser

(1) *Vedi* Troplong (nn. 201 e 202). — *Junge*: Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 23, nota).

(2) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 116); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 419, nota 14); D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, p. 464).

costretto se non volesse pagare. Allora soltanto si ritiene che egli abbia assolutamente abbandonato la eccezione dell'art. 1965 (1837), e non potrà più ritornare sulla esecuzione volontaria data alla obbligazione che avea per causa una convenzione di giuoco o di scommessa.

660. Da ciò deduciamo due conseguenze.

La prima, che se il debitore ha pagato per errore, ignorando che il suo rifiuto di pagare non lo avrebbe esposto a procedimenti, per esempio se si trattasse di un erede il quale, non conoscendo la causa del biglietto soscritto dal suo autore per debito di giuoco, ne paghi il valore al vincitore, l'art. 1967 (1839) non potrebbe applicarsi, e le somme pagate potrebbero essere ripetute (1).

La seconda, che il dritto alla ripetizione debba parimente accordarsi ad un incapace, per esempio un minore anche emancipato, un prodigo, una donna maritata, anche separata di beni, il quale abbia pagato un debito di giuoco; avvegnachè non possa dirsi che il pagamento fatto da un incapace, cioè da una persona che non ha capacità di volere, sia stato eseguito volontariamente e con piena conoscenza di causa.

Ciò è stato espressamente dichiarato dalla Corte di cassazione in una decisione ancora inedita.

Nella specie, una moglie separata di beni avea incaricato di giocare un tale che tenea per suo conto somme considerevoli, e che, col consenso della mandante, le aveva impiegato per pagare la perdita. Era già tutto consumato, quando costei citò il mandatario per la restituzione, sostenendo che gli ordini che avea potuto dare non erano obbligatori contro di lei nè liberavano il suo mandatario, perchè ella avea agito senza l'autorizzazione del marito, da cui allora era separata di beni. Questa domanda fu respinta in prima istanza. Il tribunale avea considerato: da una parte che, atteso lo stato di fortuna dell'attrice e lo impiego che doveasi fare dei suoi capitali, il mandatario da lei scelto avea potuto credere che quella operazione rientrasse nei limiti d'una amministrazione lecita ed utile; dall'altra, che ella avea agito con piena conoscenza di causa, con una volontà assolutamente libera, e spesso con termini imperativi. Ma la sentenza fu annullata dalla Corte di Parigi con decisione dei 30 novembre 1860, nella quale ebbimo parte. Stabilito in fatto; che il convenuto non era stato un semplice mandatario che esercitasse una parte puramente passiva, ma era il detentore della maggior parte delle sostanze della sua mandante, ed avea accettato il mandato espresso di giocare, conoscendo la sua responsabilità ed i pericoli di un tal mandato, la Corte considerò, in dritto, ch'egli non poteva farsi scudo dell'art. 1449 (1413) del Codice Napoleone, poichè le operazioni da lui fatte non poteano confondersi colle alienazioni e disposizioni che la legge permette alla moglie separata di beni entro i limiti del dritto di amministrare, ma per contro costituivano atti di disordine e di dissipazione tali che aveano reso necessaria la nomina di un consulente giudiziario a colei che vi si era abbandonata. In conseguenza, senza fermarsi all'art. 1967 (1839), la Corte consacrò in principio l'obbligo della restituzione, e condannò il mandatario a render conto delle somme e dei valori che avea ricevuto dalla mandante.

Questa decisione fu denunziata alla Corte di cassazione: tra gli altri motivi, il mandatario invocava una pretesa violazione degli art. 1967 e 1449 (1839 e 1413) del Codice Napoleone, perciocchè la Corte avea ammesso una moglie separata di beni a ripetere le somme pecuniarie da lei pagate, ma in conseguenza di un debito di giuoco. Ma il ricorso fu rigettato dalla camera civile, sopra rapporto del consigliere Renouard, e la decisione di rigetto dei 30 dicembre 1862 considerò su questo mezzo,

(1) *Vedi* intanto D. Pilette (*Riv. prat.*, t. XV, pagine 160 e 161).

« che se, ai termini dell'art. 1449 (1413), la moglie separata riprende la libera amministrazione dei suoi beni, e può disporre dei suoi beni mobili ed alienarli, la capacità conferitale si restringe soltanto agli atti relativi all'amministrazione dei suoi beni e alla indipendenza nella amministrazione del suo patrimonio mobiliare, e non si estende già ad operazioni simili a quelle che ebbero luogo nella specie, e che sono nella decisione qualificate come atti di disordine e di dissipazione...; che l'art. 1967 (1839) vieta la ripetizione delle somme volontariamente pagate, il che suppone pagamenti fatti da una persona che abbia legalmente capacità di volere; che quindi il divieto non si applica alla donna maritata, anche separata, poichè l'art. 1449 (1413) non le permette di pagare senza autorizzazione... * »

661. Il pagamento inoltre non toglierà il dritto alla ripetizione se non quando il giuoco o la scommessa sia stato tenuto con fedeltà dal vincitore. Questa condizione è pure formalmente richiesta dal nostro articolo, il quale vietando la ripetizione di un pagamento volontariamente fatto, eccettua il caso in cui siavi stato da parte del vincitore dolo, soverchieria o truffa. Infatti il perdente ha pagato perchè credeva avere realmente perduto, e che il suo fortunato avversario non aveva commesso alcuna slealtà. Ma se invece da parte di quest'ultimo siavi stato dolo e truffa, il perdente non sarà tenuto ad alcuna obbligazione; il pagamento da lui fatto è dunque senza causa; e, provando i fatti di truffa e di dolo, potrà, anzi dovrà essere ammesso a ripetere quanto ha pagato.

V. — 662. Potremmo a questo punto chiudere il nostro commentario sull'articolo 1967 (1839), se non dovessimo ritornare sopra un caso particolare da noi riservato, quando cioè il pagamento abbia avuto per causa la perdita di una scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti. In questo caso la scommessa, come abbiamo sopra detto (n. 604), costituisce un fatto delittuoso preveduto e punito dalla legge penale; distinguendosi per tal modo dalla scommessa o dal giuoco ordinario che la legge comprende, negli art. 1964 (1836) e seguenti, tra i contratti civili. La quistione sta dunque in ciò, se l'art. 1967 (1839) possa applicarsi in questo caso particolare**. A dir vero, la soluzione affermativa risulta virtualmente dalla massima parte delle decisioni citate nel commentario di questo articolo, le quali riferendosi quasi tutte a scommesse fatte sull'alto e il basso dei pubblici effetti, implicano per ciò stesso l'idea che l'articolo debba applicarsi quando trattasi di tali scommesse. Ma oltracciò, la quistione è stata formalmente discussa, e risoluta in questo senso, da alcune recentissime decisioni. In una prima specie, *la* Corte di Tolosa, con decisione dei 29 *agosto* 1857, decise, « che se l'art. 1965 (1837) del Codice Napoleone non accorda azione veruna per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa, l'articolo 1967 (1839) del medesimo Codice non permette al perdente di ripetere quanto abbia volontariamente pagato, tranne che non vi sia stato dolo, soverchieria o truffa; che per fermo è una grave quistione se i giuochi di borsa, proibiti e puniti dalla legge, debbano essere regolati da questo articolo, o se invece, costituendo una violazione dell'ordine pubblico, non possano per ciò stesso produrre nemmeno una semplice obbligazione naturale; ma che quest'ultima soluzione sarebbe in contraddizione collo stato presente dei nostri costumi e del nostro

* Rig., 30 dic. 1862 (*J. P.*, 1863, pag. 946).

** Ricordiamo che tal quistione non può aver luogo secondo le nostre leggi, poichè, come già accennammo (*sopra*, p. 239, in nota), le scommesse sull'alto e il basso dei pubblici effetti, ossia i giuochi di borsa, non sono state elevate a reato, nè dall'abolito Codice penale del 1819, nè dal Codice penale italiano. E però è indubitato doversi anche in questo caso applicare l'art. 1839; e quindi qualunque pagamento volontario di debiti risultanti da giuochi di borsa non dà più dritto a ripetizione se per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa, e se il perdente non sia minore.

ordinamento finanziario; che quindi bisogna riconoscere che in principio qualunque pagamento volontario di debiti risultanti da giuochi di borsa non dia dritto alla ripetizione. » Ed il ricorso fatto avverso questa decisione fu rigettato dalla camera civile della Corte di cassazione, per questi motivi: « che i giuochi di borsa i quali consistono nel semplice pagamento delle differenze secondo il rialzo o il ribasso dei pubblici effetti, sono regolati *principalmente* dagli art. 421 e 422 del Codice penale in quanto riguarda la penalità che vi può essere inflitta; ma nei rapporti dei giocatori tra loro o coi loro agenti, sono regolati *dagli art. 1965 e 1967 (1837 e 1839) del Codice Napoleone, le cui disposizioni generali non ammettono eccezione;* che l'art. 1967 (1839) vieta di ripetersi quanto sia stato volontariamente pagato per un debito di giuoco, nel modo stesso che lo art. 1965 (1837) vieta qualunque azione pel pagamento di un tal debito; che infatti i giocatori sono egualmente indegni d'invocare la legge che hanno violato; che questa indegnità, consacrata da questi due articoli, risulta pure dalle disposizioni degli art. 421 e 422 del Codice penale, la cui infrazione non potrebbe dar luogo ad una azione in favore dei contravventori... »

E con altra decisione del giorno seguente la camera dei ricorsi, giudicando sopra un ricorso diretto contro una decisione della Corte di Parigi dei 29 novembre 1858, ha detto del pari « *che ai termini dell'art. 1967 (1839) del Codice Napoleone*, il perdente non può in alcun caso ripetere quanto abbia volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa; *che questa disposizione di legge è generale e si applica anche nel caso di somme volontariamente pagate per giuochi di borsa*; ch'essa è fondata sul principio che un delitto o un quasi delitto non può servir di base per intentare un'azione in giudizio, e che il giocatore, autore o complice di una violazione di legge, non può sopra un tal fatto fondare una domanda di ripetizione contro colui che cooperò alla medesima infrazione... (1) »

E pure questi motivi non ci sembrano esattissimi; e a questo proposito diremo per l'art. 1967 (1839) quanto dicemmo per l'art. 1965 (1837) (*sopra*, n. 627), cioè che essendo dettato per regolare gli effetti civili di un contratto civile, non potrebbe aversi come norma quando trattasi di operazioni riprovate dalla legge, ed improntate col carattere di delitto.

663. Ma segue forse da ciò che, essendo questa una convenzione illecita a cui non può applicarsi l'art. 1967 (1839), colui il quale l'abbia liberamente eseguita, possa ritornare sulla sua esecuzione e ripetere quanto abbia volontariamente pagato? Alcuni ciò han sostenuto. Una tal convenzione, essi dicono, non può produrre alcun effetto civile, ai termini dell'art. 1131 (1085) del Codice Napoleone: dunque non fa nascere alcun dritto in favore del preteso creditore, nè impone alcun obbligo al debitore. Di modo che il debitore che abbia pagato, anche volontariamente, avrà fatto un pagamento senza causa, pagando ciò che non dovea; e quindi potrà sempre invocare l'art. 1235 (1183), secondo cui ciò che fu pagato senza esser dovuto, è soggetto a ripetizione (2).

Ma questa conseguenza non può ammettersi, e la ragione è detta nelle medesime decisioni che abbiamo citato. Esse infatti, dopo avere, a sproposito secondo noi, dedotto la loro soluzione dalla regola stabilita nello art. 1967 (1939), soggiungono inoltre, doversi negare il dritto di ripetere a colui il quale, perduta una scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti, abbia volontariamente pagato, « per-

(1) *Vedi* Rig., 1 agosto 1859; Rip., 2 agosto 1859 (S. V., 59, 1, 817; Dalloz, 59, 1, 289; *J. Pal.*, 1860, p. 294). — *Junge*: Ric., 19 giugno 1855 (S.V., 56, 1, 162; Dalloz, 55, 1, 292; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 409).

(2) *Vedi* D. Pilette (*Riv prat.*, t. XV, pag. 467). — *Vedi* pure Marcadè (sull'art. 1133 (1087)).

ciocchè i giocatori sono indegni d'invocare la legge che hanno violato, » o anche « perchè un delitto non può servire di base per proporre un' azione in giudizio, ed il giocatore, autore o complice d' una violazione della legge, non può sopra un tal fatto fondare una domanda di ripetizione contro colui che cooperò alla medesima infrazione. » Or questa appunto è la vera ragion di decidere; è questa una giustissima e spontanea applicazione della regola generale, secondo cui i contratti illeciti *tra due contraenti* non dànno dritto ad agire nè a colui che vorrebbe farli eseguire, nè a colui che vorrebbe ritornare sulla esecuzione liberamente e volontariamente datavi: *Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare dicimus.* — Gli art. 1131 e 1133 (1085 e 1087) del Codice Napoleone sulle convenzioni contrarie alle leggi, ai buoni costumi o all'ordine pubblico, non hanno significazione diversa.

Marcadè adotta intorno a questo punto una contraria opinione, ed insegna che il nostro dritto siasi in ciò allontanato dal dritto romano, e che, *essendo dall' art. 1376 (1330) senza alcuna distinzione o riserva imposto l'obbligo della restituzione dell'indebito*, i pagamenti fatti per una causa contraria alle leggi e ai buoni costumi obbligano sempre alla restituzione, tanto se la turpitudine sia comune alle due parti, quanto se riguardi la sola parte che ha ricevuto il pagamento. Ma si badi a non confondere disposizioni che non hanno punto che fare le une colle altre: l'art. 1376 (1330), da cui Marcadè vuol trarre argomento, riguarda unicamente la ripetizione dell'indebito propriamente detto, di cui parlasi nel titolo del Digesto *De Condictione indebiti* (lib. XII, tit. VI), nè può quindi servire a determinare lo intendimento e la interpretazione degli art. 1131 e 1133 (1085 e 1087), nei quali è stabilita la ripetizione di cui parlasi nel precedente titolo del Digesto (*De Condictione ob turpem vel injustam causam*, cod. lib., tit. V), cioè la ripetizione dei pagamenti fatti senza causa o per una causa immorale o illecita. Or questi articoli non sono una novità del nostro dritto, ma riproducono semplicemente una dottrina che la nostra antica giurisprudenza francese, come afferma Pothier, avea tolto dal dritto romano. La quale dottrina stabiliva precisamente: da una mano, che nel caso di una convenzione illecita da parte del solo stipulante, rifiutàvasi l' azione di pagamento nel mentre ammettevasi la ripetizione; dall' altra, che nel caso in cui la convenzione fosse illecita per tutte e due le parti, la nullità del contratto facea sì che lo stipulante non potesse agire, ed il promettente non avesse nemmeno dritto a ripetizione; poichè l'uno e l' altro erano egualmente indegni della protezione della legge che aveano *violato*, e quindi il fatto la vinceva sul dritto. *Il* che è certamente conforme alla ragione; e poichè al postutto non sorge in alcun modo che i compilatori del Codice abbiano avuto un solo istante il pensiero di modificar tale dottrina, noi crediamo doverla seguire, di accordo colla maggior parte degli scrittori (1).

664. Ciò posto, è evidente doversi, nella nostra specie, escludere la ripetizione per applicazione diretta di questi principî. I motivi della decisione della Corte di Parigi, la quale diede occasione ad una delle decisioni di rigetto da noi testè citate, furono forse dettati con questo intendimento. La Corte, senza far molto conto della disposizione dell'art. 1967 (1839), rigettò la domanda di restituzione delle somme perdute nelle operazioni di borsa, fondandosi espressamente sui principî stabiliti nel titolo del Digesto *De Condictione ob turpem*

(1) Merlin (*Quist.*, alla parola *Causa delle obbligaz.*, § 2); Toullier (t. VI, n. 126, e t. XI, nn. 60 e 61); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 538 e nota 10); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. IV, p. 9, nota 3); Larombière (t. I, art. 1133 (1087), n. 10). — *Vedi* pure Jeannotte Bozérian (t. I, nn. 360 e seg.).

causam (1); nè per ciò vi scapita menomamente la pubblica morale, poichè al postutto si riesce al medesimo risultamento a cui si giungerebbe applicando l'art. 1967 (1839). Ed appunto per questo non crediamo dover tornare sulle soluzioni date nel commentario di questo articolo, se non per dire che si applicano indubitatamente al caso particolare di cui ci siamo occupati.

CAPITOLO II.

DEL CONTRATTO DI RENDITA VITALIZIA.

OSSERVAZIONI GENERALI.

SOMMARIO.

I. 665. Definizione della rendita vitalizia. — 666. Suo carattere: la rendita vitalizia, non ostante la induzione che potrebbe inferirsi sia dalla rubrica del capitolo, sia dal posto che occupa nel Codice, non è aleatoria se non quando sia stabilita a titolo oneroso; può esser costituita con un atto di ultima volontà. — 667. Sua origine: la rendita vitalizia non fu assolutamente ignorata in Roma, ma vi era poco in uso come contratto; il suo sviluppo risale specialmente ai primi secoli della nostra storia nazionale. — 668. Censure di cui fu segno nel medio evo, sotto l'influenza delle proibizioni stabilite contro il mutuo ad interesse.— 669. Il carattere aleatorio del contratto non deve farlo confondere colla scommessa: la rendita vitalizia si distingue dalla scommessa per la sua natura e pel suo oggetto.

II. 670. La rendita vitalizia costituisce un ente morale distinto dalle annualità: controversia.—671. Questo punto però non ha più il medesimo interesse oggi che tutte le rendite sono mobili per determinazione della legge: nondimeno è ancora interessante per ciò che riguarda la prescrizione: rimando. — 672. Transizione e divisione.

I. —665. In generale una rendita, come abbiamo detto nel commentario degli art. 1909 (1781) e seg. (*sopra*, nn. 322 e seg.), è un credito che il creditore si obbliga di non ripetere, ma pel quale gli vengono pagate prestazioni periodiche in danaro o in derrate, che diconsi annualità. Quando l'obbligazione di pagare queste annualità è illimitata, la rendita chiamasi *perpetua*; quando ha per misura la durata della vita di una o più persone, la rendita dicesi *vitalizia*.

666. Il Codice parla della rendita vitalizia nel titolo dei contratti aleatori, il cui capitolo II s'intitola: *Del contratto di rendita vitalizia*. Ma non deve per ciò credersi che, in tutti i casi, la rendita vitalizia sia un contratto aleatorio, e non possa altrimenti stabilirsi che con una convenzione. Siffatta induzione, che potrebbe inferirsi dalla rubrica del nostro capitolo, e dal luogo che occupa nel Codice, vien contraddetta dai principî e dal testo medesimo della legge.

Ed in prima, i principî ci portano a riconoscere che la rendita vitalizia non è un contratto aleatorio se non quando sia co-

(1) Parigi, 29 nov. 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 41; S.V., 59, 2, 81).

stituita a titolo oneroso. Infatti, come sopra dicemmo, il contratto *aleatorio* è una suddivisione dei contratti *a titolo oneroso* (n. 573), non potendosi comprendere come possa esservi evento di guadagno o di perdita per colui che si obbliga in un contratto a titolo puramente gratuito : colui il quale si costituisce debitore , o ha costituito il suo erede debitore della rendita non ha alcuna speranza di guadagno, siccome non corre alcun rischio di perdita; la liberalità sarà più o meno considerevole , secondo che la prestazione della rendita duri più o meno lungamente; ma è sempre una donazione , e donare non importa perdere , nel senso ordinario della parola.

D'altro canto, la rendita vitalizia non si costituisce sempre con un contratto: l'art. 1969 (1841) ci dice che può altresì essere costituita in un atto di ultima volontà, in un testamento. Ed anche quando è costituita con una convenzione, può questa essere a titolo gratuito o a titolo oneroso. Possiam dunque dire che la rubrica del nostro capitolo ha un significato troppo ristretto, relativamente a talune disposizioni. Ma senza più oltre insistere su questa osservazione, del resto poco importante, conviene stabilire che il legislatore ha avuto specialmente di mira la rendita vitalizia costituita a titolo oneroso. trattando solo per incidente della rendita costituita a titolo gratuito, come sorge dagli articoli in cui se ne parla. Il che almeno ha una pratica importanza, perciocchè qnando il legislatore non parla espressamente della rendita vitalizia costituita a titolo gratuito , deve ritenersi che intenda parlare della rendita vitalizia a titolo oneroso, cioè del contratto di cui specialmente si occupa (vedi *infra* il commentario degli art. 1974, 1975 (1846, 1847)).

667. Troplong, d'accordo con Einnecio, ritiene che il contratto di rendita vitalizia fu del tutto sconosciuto dai Romani (1). Sarebbe più giusto dire che la rendita vitalizia, conosciuta dai Romani, fu però poco praticata in Roma come contratto. Infatti, troviamo nella legislazione civile dei Romani riguardante i testamenti, nel titolo del digesto *De Annuis legatis et fideicommissis* (XXXIII, 1), una forma di legato che ha molta analogìa col legato di rendita vitalizia. Nè questo solo; rimontando alle sorgenti, troviamo una convenzione conchiusa sotto forma di un contratto verbale, che ha tutti i caratteri della rendita vitalizia: *Decem aureos annuos, quoad vivam dare spondes?* (Inst., § 3, *De verb. oblig.*; — l. 56 , § 4, Dig., *De Verb. oblig.*). Non è questo forse un credito di annualità che deve estinguersi alla morte dello stipulante ? Che altro è dunque questa convenzione, se non *un contratto di rendita vitalizia* ? Però , *giovi ripeterlo* , a giudicarne dalla scarsezza dei documenti che ci furono tramandati, i Romani ebbero poco in uso il contratto di rendita vitalizia, il quale cominciò specialmente a svilupparsi ed estendersi colla istituzione dei precari, di cui sopra abbiamo detto qualche parola (nn. 50 e seg.). Un tale trasferiva un fondo o una somma di danaro ad un monastero o ad una chiesa, ricevendone in cambio delle prestazioni vitalizie in usufrutto o in rendita : secondo un capitolare di Carlo il Calvo dell'846, colui il quale alienava la proprietà della terra o del danaro dovea ottenerne, in prezzo dell'alienazione, che era perpetua, prestazioni di un valore superiore alla rendita annuale della cosa alienata, e specialmente, oltre l'usufrutto della cosa stessa, l' usufrutto del doppio sui beni ecclesiastici, pei quali soltanto era scritto il capitolare, e, se rinunziava l'usufrutto della cosa, l'usufrutto del triplo sui beni ecclesiastici (2). Sono queste le prime vestigìa , nel nostro dritto fran-

(1) Troplong (*Dei Contratti aleatori*, t. XV, numero 201). — *Vedi* pure Dalloz (*Giurispr. gen.*, alla parola *Rendita vitalizia*, n. 2).

(2) « Precariae autem a nemine, de rebus ecclesiasticis fieri praesumantur, nisi, quantum de « qualitate convenienti datur ex proprio, duplum « accipiatur ex rebus Ecclesiae , in suo tantum, « qui dederit, nomine, si res proprias ecclesiasticas « usufructuario tenere voluerit. Sin autem res suas « ad praesens dimiserit , ex rebus ecclesiasticis « triplum fructuario uso, in suo tantum quid nomine, sumat. » —*Vedi* Troplong (n. 205).

cese e presso i nostri antenati i Franchi, di questo contratto di rendita vitalizia, che dipoi estesosi, si introdusse nelle relazioni dei privati tra di loro.

668. Però nel medio evo esso fu oggetto di vive censure; perciocchè, come è naturale, adoperandosi troppo di frequente per utilizzare quei capitali che le leggi proibitive del mutuo ad interesse condannavano a rimanere sterili, dovea ricevere il contraccolpo delle idee erronee che diedero origine a quest' ultime leggi. Fu dunque combattuto il principio, la legittimità della rendita vitalizia. Ma la lotta non durò a lungo. Se la rendita *costituita* avea trionfato contro le censure dei dottori (*sopra*, numero 323), la rendita vitalizia dovea trionfarne, e con più buona ragione. Infatti, le annualità della rendita vitalizia non hanno nulla di comune coll'interesse di un prestito, non essendo già il prezzo dell'uso di un capitale, ma lo equivalente di questo capitale alienato per sempre, e che non dovrà mai più ritornare nel patrimonio dell'antico proprietario. Inoltre, nella rendita vitalizia havvi un elemento essenziale che manca assolutamente nella rendita costituita; cioè il carattere aleatorio, per cui, secondo lo evento, le annualità producono molto, nulla, o quasi nulla: laonde le censure non poterono lungamente resistere allo esame; ed è anzi notevole che, nel mentre da principio i canonisti erano stati i suoi più rigorosi avversari, furono appunto le chiese e i monasteri che si servirono maggiormente di questo contratto.

669. Ma, non ostante il suo carattere aleatorio, non bisogna confondere colla scommessa la convenzione di cui si tratta. La rendita vitalizia, sebbene abbia qualche analogìa colla scommessa, se ne distingue per la sua natura e pel suo scopo.

Ed in prima, carattere essenziale della scommessa è la possibilità di guadagno o di perdita per le due parti : or, come già dimostrammo definendo il contratto aleatorio, nella rendita vitalizia lo evento del guadagno o della perdita esiste per un solo dei contraenti, pel debitore (*sopra*, n. 577). Il che basterebbe a renderla legittima, se si rifletta per altro che questi rischi derivano da una operazione pur troppo seria, cioè l'alienazione di una cosa attuale ed esistente, immobile o mobile; contro il pagamento di annualità che ne formano il prezzo.

Inoltre, e quanto allo scopo, la scommessa non è di alcun utile per la società; al contrario, la rendita vitalizia ha quasi sempre per oggetto di assicurare l'avvenire del creditore della rendita, di trasformare le poche rendite che egli potrebbe ottenere dal suo patrimonio coi mezzi ordinarî, in annualità di maggiore importanza, garentendo così la sua vecchiezza dai pericoli dell'indigenza. Certamente, essa può, come fu detto nel Consiglio di Stato allorchè si discusse la legge, essere ispirata da principî di egoismo, e per accrescere una rendita già sufficiente, disponendo di fondi, ch'erano la speranza dei figli, dei congiunti. Ma, come pure fu detto, lo abuso che può farsi di questo contratto non deve impedire di riconoscere la legittimità e la giustezza del suo scopo, quando la rendita vitalizia sia costituita come un mezzo di sussistenza da un uomo senza eredi, o da una persona avanzata negli anni ed inferma, che abbia bisogno di ricorrere a questo spediente per vivere (1). E appunto da questo aspetto bisogna esaminare il contratto per riconoscere come ed in che si differisca dalla scommessa.

II. — 670. Ciò detto intorno al carattere e alla origine della rendita vitalizia, dobbiamo ora parlare della natura del dritto conferito al creditore dall'atto di costituzione. A tal riguardo si son mosse alcune difficoltà relative agli elementi medesimi di questo dritto. Infatti, il valore della rendita vitalizia è composto esclusivamente delle annualità che successivamente si percepiscono: non havvi, come nella rendita costituita in perpetuo, un capitale distinto dalla fruttificazione, che debba restituirsi intatto al

(1) Esposizione dei motivi di Portalis (Locrè, t. XV, p. 176; Fenet, t. XIV, p. 542 e 543).

creditore al termine della rendita, senza nulla scemarvi a causa delle annualità pagate (*sopra*, nn. 339 e seg.); al contrario, quando si estingue la rendita vitalizia, tutto finisce pel creditore, il quale ha in certo modo assorbito il suo capitale in proporzione delle annualità ricevute. Sembra adunque che questa specie di rendita non abbia capitale, non costituisca un ente morale, ma che tutto il capitale, tutto il fondo della rendita vitalizia consista nelle annualità. Era questa la dottrina di Pothier (1), riprodotta anche sotto il Codice (2). Ma lo stesso Pothier riconosce che essa era vivamente combattuta nell'antico dritto, il quale avevala ammessa, sia per sottrarre le rendite vitalizie da talune proibizioni relative alle rendite costituite, sia per togliere alle medesime il carattere di beni immobili attribuito alle rendite perpetue; ed egli confessa che la contraria dottrina era quella prevalente nel foro. « Ecco, egli dice, il ragionamento su cui questo si fonda. Il dritto di credito di una rendita vitalizia, siccome quello di una rendita perpetua, fa nascere nel debitore l'obbligo di pagare le annualità: con questa differenza però, che il dritto di una rendita perpetua, essendo perpetuo di sua natura, le produce per un tempo indefinito; e al contrario il dritto di una rendita vitalizia, essendone limitata la durata, ne produce pel solo tempo della sua durata. E per questo appunto, siccome nelle rendite perpetue le consuetudini hanno immaginato un ente morale ed intellettuale di credito, distinto dalle annualità che produce, quantunque in sostanza queste rendite perpetue non siano altro che il credito di tutte le annualità corse fino alla ricompra, così potrà anche, nelle rendite vitalizie, immaginarsi un ente morale e intellettuale di credito, distinto dalle annualità della rendita vitalizia che produce, e che differisce da quello immaginato nelle rendite perpetue, in quanto che questo è perpetuo, mentre l'altro può venir meno, essendone ristretta la durata alla vita della persona in testa di cui la rendita è stabilita. Infatti, siccome nelle rendite perpetue le annualità della rendita sono considerate come i frutti civili della rendita, così, nelle vitalizie, le annualità della rendita vitalizia sono considerate, non come l'oggetto principale del dritto di credito della rendita vitalizia, ma come i frutti civili della rendita vitalizia. » La qual dottrina è stata adottata dal moderno legislatore. come sorge da parecchie disposizioni del Codice. Così, l'art. 584 (509) del Codice Napoleone comprende nella classe dei frutti civili le annualità delle rendite, senza fare alcuna distinzione: ora se queste annualità costituiscono un frutto, è impossibile che rappresentino il fondo *medesimo* della rendita. L'art. 588 (513), anche più esplicito, dispone che l'usufrutto di una rendita vitalizia dà dritto all'usufruttuario, durante il suo usufrutto, *di riscuotere* le annualità, *senza essere tenuto ad alcuna restituzione*: *or* quest'ultime parole, aggiunte evidentemente per risolvere le difficoltà dello antico dritto sull'usufrutto delle rendite vitalizie, dimostrano come il nostro legislatore abbia fatto della rendita un bene per sè stesso, un bene incorporale, i cui frutti sono le annualità, le quali appunto perchè frutti, appartengono per intero all'usufruttuario (3). Gli articoli 610 e 1401, 2° (533 e T) riproducono implicitamente la medesima dottrina, come pure l'art. 2277 (2183), la cui disposizione è stata sempre applicata, senza alcun dubbio, alle annualità della rendita vitalizia. Infine, l'art. 1977 (1849) prevede pure formalmente il caso in cui il costituente può farsi restituire il capitale della rendita. Tutto adunque concorre a dimostrare che, secondo i compilatori del Codice, la rendita vitalizia debba essere considerata come un ente morale, distinto dalle annualità che

(1) Pothier (*Contratto di costituzione di rendita*, n. 249; Introd. gen. ai contr., n. 55).

(2) *Vedi* Toullier (t. XII, n. 110). — *Vedi* pure Zachariae (§ 507, nota 13).

(3) *Vedi* Marcadè (sull'art. 588 (513), e *Riv. crit.*, t. I, p. 444).

produce, e che ne formano i frutti; e potrà quindi a ragione riguardarsi come una cosa non fungibile, poichè perisce a poco a poco. Questa opinione è ammessa generalmente dagli scrittori (1).

671. Del resto, questo punto di dritto non ha più oggi l'importanza che aveasi una volta. Gli scrittori che consideravano la rendita vitalizia come senza capitale doveano comprenderla nella classe dei mobili. Quelli invece, che riguardavano le rendite come un ente morale, distinto dalle annualità, assimilavano le rendite vitalizie alle perpetue, le quali, dalla maggior parte delle consuetudini, erano state dichiarate immobili. Ma questa distinzione non ha più luogo oggi che tutte le rendite, di qualunque siasi natura, sono comprese nella classe dei mobili per determinazione della legge (Cod. Nap., art. 529 (452)). Dal che segue indubitatamente, checchè ne dica Toullier (2), che quando il creditore di una rendita si marita sotto la regola della comunione legale, la rendita vitalizia entra diffinitivamente nella comunione, e dopo il suo scioglimento dovrà dividersi tra il conjuge che l'ha conferito nella comunione e gli eredi del coniuge premorto (3).

Ma se tal quistione non ha più interesse avuto riguardo alla natura del dritto, è però importante per quanto riguarda la prescrizione; del che noi parleremo sotto l'art. 1982 (1854), a proposito del quale si è nuovamente posta in campo l'idea che la rendita vitalizia sia senza capitale, per sostenerne la imprescrittibilità.

672. Il Codice parla della rendita vitalizia in due sezioni, nella prima delle quali tratta delle condizioni richieste per la validità del contratto, e nell'altra degli effetti dello stesso.

SEZIONE PRIMA.

DELLE CONDIZIONI RICHIESTE PER LA VALIDITÀ DEL CONTRATTO.

1968 (1840).—La rendita vitalizia può esser costituita a titolo oneroso per mezzo di una somma di danaro, o per una cosa mobile valutabile, o per un immobile.

SOMMARIO.

I. 673. La rendita vitalizia può essere costituita a titolo oneroso per mezzo di una somma di danaro, o per una cosa mobile valutabile, o per un immobile.— 674. In ambidue i casi bisogna: 1° che vi sia alienazione irrevocabile da parte di colui che acquista la rendita; — 675. 2° Che la convenzione sia aleatoria.—676. Continuazione: distinzione tra il contratto di rendita vitalizia e la vendita di un immobile coll'obbligo nel compratore di mantenere il venditore.

II. 677. Indole giuridica della convezione: quando nel punto del contratto si fa lo abbandono al costituente di un capitale in danaro; havvi una vera costituzione di rendita, che per principio è un contratto reale ed unilaterale,

(1) *Vedi* Delvincourt (t. I, p. 330, nota 1); Duranton (t. XVIII, n. 158); Troplong (n. 215); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 24, nota 3); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 405). — *Conf.* Aubry e Rau, secondo Zachariae (3ª ediz., t. III, p. 426 e nota 6).

(2) Toullier (t. XII, n. 110).

(3) Troplong (n. 225); Marcadè (art. 1401 (T), 2°). — *Vedi* pure il *Trattato del contratto di matrimonio* pubblicato da noi insieme con Rodière (1ª ediz., t. I, n. 352; 2ª ediz., t. I, n. 423).

salvo stipulazione contraria. — 678. Ma quando la rendita vien costituita in cambio di un immobile o di una cosa mobile, la convenzione costituisce la vendita a fondo perduto, che è un contratto consensuale e sinallagmatico.

III. 679. Forma dell'atto di costituzione: devono ad esso applicarsi le regole generali; la costituzione può dunque farsi sia per atto pubblico, sia per atto privato: deduzioni. — 680. Continuazione: l'art. 1328 (1282) applicasi quando l'atto è sotto firma privata.

I. — 673. La rendita vitalizia può essere costituita a titolo oneroso nei varî modi indicati distintamente nell'art. 1968 (1840), come per mostrare che tra essi siavi qualche differenza. Ed in prima può essere costituita per mezzo di una somma di danaro ricevuta dal costituente, nel qual modo si forma il contratto di rendita vitalizia propriamente detto, quello di cui Pothier si è quasi esclusivamente occupato nel suo trattato del contratto di *Costituzione di rendita*, definendola: « un contratto con cui uno dei contraenti vende all'altro una rendita annuale, per la durata della vita di una o più persone, della quale rendita *si costituisce debitore per una determinata somma che riceve come prezzo della costituzione* (1). » La rendita vitalizia può anche costituirsi in cambio di una cosa mobile valutabile o di un immobile. In ambidue i casi l'operazione tra le parti può considerarsi come una alienazione della somma, del mobile o dello immobile, che il creditore o compratore della rendita consente in favore del debitore, in cambio delle annualità che costui si obbliga di pagargli.

674. Questo contratto, in qualunque dei due modi si manifesti, deve, a differenza della costituzione di rendita perpetua, produrre alienazione irrevocabile per parte di colui che acquista la rendita. Gli antichi scrittori, ed alcuni dei moderni, assimilando questi due casi, hanno considerato come *vendita* il contratto di costituzione di rendita, tanto se abbia per oggetto una rendita perpetua, quanto se una rendita vitalizia; però in quest'ultimo caso, essi dicono, l'alienazione è *più perfetta*, poichè il creditore delle annualità non potrà mai, checchè avvenga, ricuperare il capitale pagato per procurarsele (2). Noi abbiamo da canto nostro combattuto questa assimilazione, dimostrando non potersi per nessun modo considerare come vendita la costituzione di rendita in perpetuo, la quale abbiamo semplicemente definito un mutuo in cui il mutuatario è libero di rimborsare a suo talento il capitale (*sopra*, nn. 323 e 326). Diremo adunque in conseguenza, non già che nella costituzione di rendita vitalizia sia *più perfetta* l'alienazione, ma che il contratto di costituzione di rendita non implica l'idea di alienazione se non quando abbia per oggetto la rendita vitalizia, poichè allora il creditore della rendita non ha più speranza che la cosa alienata gli sia restituita dal costituente o dai suoi eredi, i quali saranno un giorno liberati dall'obbligo di pagar la rendita colla morte della persona sulla di cui testa è costituita.

675. Un altro carattere essenziale per esservi realmente contratto di rendita vitalizia, è che la convenzione sia aleatoria. Il Codice infatti, come osservammo in principio di questo titolo, si occupa qui soltanto dei contratti essenzialmente aleatori, di quelli che devono necessariamente contenere possibilità di guadagno o di perdita, almeno per una delle parti, e fra questi appunto comprendesi la rendita vitalizia, quando è costituita a titolo oneroso. Così, se il creditore muoja poco tempo dopo costituita la rendita, il costituente, sebbene non abbia pagato quasi nulla, non dovrà nulla restituire, poichè era esposto a pagare le annualità per lunghi anni; se per

(1) *Vedi* Pothier (n. 215).
(2) *Vedi* Pothier (n. 227). — *Vedi* pure Troplong (n. 214).

l' incontro il debitore abbia pagato in annualità una cifra assai maggiore del capitale e degli interessi della somma ricevuta o del valore dell'immobile, non dovrà nulla ripetere, poichè correa lo evento di pagar molto di meno, se il creditore della rendita fosse morto prima. Se dunque la convenzione manchi di questo carattere *aleatorio*, indispensabile per esservi costituzione di rendita vitalizia, il contratto così qualificato sarà aleatorio soltanto di nome, nè sarà più regolato coi principî particolari alla nostra materia. Ciò è stato con buona ragione giudicato dalla Corte di Bourges, in una specie in cui il compratore di un immobile erasi obbligato a pagare fino alla morte del venditore una rendita annuale rappresentante l'interesse del prezzo esigibile dopo la morte di costui (1). Vedremo anzi, sotto l' art. 1976 (1848), che, non ostante la massima latitudine lasciata alle parti da questo articolo circa alla determinazione della ragione delle annualità, se questa ragione sia inferiore o eguale ai frutti della somma o della cosa alienata, il contratto sarà solo in apparenza aleatorio, e dovrà essere soggetto alle regole generali del contratto che asconde, per esempio, all'azione di rescissione per causa di lesione, se la rendita vitalizia sia stata costituita mediante l'alienazione di un immobile (*infra*, n. 730).

676. Ma non perchè l' *alea* è uno dei caratteri essenziali della rendita vitalizia, deve credersi che qualunque convenzione con cui un tale stipuli determinate prestazioni per tutto il tempo della sua vita, mediante un prezzo, costituisca necessariamente un contratto di rendita vitalizia. Le annualità di questa rendita, come quelle della rendita perpetua, devono consistere in una somma determinata in danaro, o in una certa quantità di frutti, pagabile a termini periodici: è questo, nel linguaggio giuridico, il significato della parola *rendita*, la quale, sebbene derivi dal *reditus* latino, ed esprima nel linguaggio economico i frutti di qualunque cosa, devesi qui intendere di una prestazione periodica consistente in una quantità certa e determinata. Non bisogna dunque considerare come rendita vitalizia la convenzione con cui un tale venda un immobile, coll' obbligo nel compratore di prestargli nutrimento, alloggio, fuoco e lume fino alla morte: questa convenzione sarà una vendita sottoposta ai principî generali, e non già alle regole particolari alla rendita vitalizia (2).

II. — 677. Così accennati i caratteri generali ed essenziali della rendita vitalizia costituita a titolo oneroso, bisogna ora determinare esattamente l'indole della operazione che si conchiude tra le parti, per dedurne le conseguenze pratiche relative, sia alla forma, sia alla sostanza del contratto.

Quando la rendita vitalizia si costituisce per mezzo della alienazione di un capitale pagato al costituente nel tempo stesso della formazione del contratto, havvi una vera costituzione di rendita soggetta a regole particolari, la quale, secondo la definizione di Pothier sopra accennata, è un contratto con cui una delle parti vende all'altra un credito periodico durante la vita di una o più persone, per una determinata somma che forma il prezzo della vendita. In questo caso la rendita vitalizia, come la perpetua, costituisce un contratto reale, che si perfeziona colla semplice consegna del capitale, ed unilaterale, in quanto che produce obbligazioni per una sola parte, per quella che deve pagare le annualità. E in questa ipotesi, l' obbligo di pagare le annualità comincia a correre dal giorno del pagamento della somma che costituisce il prezzo. Tuttavia, anche nel caso in cui la costituzione sia fatta per una somma determinata, non è impossibile che il contratto sia consensuale e sinallagmatico. Infatti,

(1) Bourges, 2 aprile 1828 (Dalloz, 29, 2, 180; S. V., 29, 2, 248; *Coll. nov.*, 9, 2, 64).

(2) *Vedi* Troplong (n. 230). — *Vedi* pure Cass., 16 aprile 1822 (Dalloz alla parola *Rendita vitalizia*, n. 7; S. V.; *Coll. nov.*, 7, 1, 53).

potrebbero benissimo le parti convenire che il prezzo della costituzione fosse pagato entro un termine stabilito. Siffatta stipulazione sarebbe certamente valida; e allora il contratto sarebbe consensuale, cioè perfetto col solo consenso delle parti, e sinallagmatico, in quanto che se la persona sulla testa di cui è stata costituita la rendita morisse prima del tempo fissato pel pagamento del capitale, questo dovrà sempre pagarsi al costituente, il quale avrà dovuto pagarne le annualità fin dal giorno del contratto, salvo stipulazione contraria; poichè appunto da questo tempo son cominciati i rischi a carico di colui che promise la somma per avere la rendita. Sembraci adunque troppo assoluta la opinione di Pothier, seguita anche da Troplong (1), il quale insegna che la rendita vitalizia costituita per mezzo di una somma di danaro sia in tutti i casi un contratto reale ed unilaterale, nel modo stesso che il prestito e il deposito, che non possono esistere senza una cosa prestata e depositata: giovi ripeterlo, la costituzione di rendita vitalizia per una somma di danaro non esclude per nulla l'idea di obbligazioni reciproche nascenti dal solo consenso (2).

678. Quando la rendita vitalizia è costituita per una cosa mobile valutabile o per un immobile, l'operazione è tutt' altra: le parti, come ben dice Troplong, sono allora mutate. L'operazione in sostanza sarà sempre una vendita; però la rendita vitalizia non sarà più la cosa venduta, ma il prezzo: oggetto della vendita sarà in realtà la cosa mobile o immobile, che si aliena per un prezzo consistente in prestazioni periodiche. Un tal contratto sarà una vera vendita, che prende la denominazione particolare di vendita a fondo perduto, come sorge da parecchie disposizioni del Codice, e specialmente dall'art. 918 (834) *.

In quest' ultimo caso la convenzione è per principio governata secondo le regole generali del contratto di vendita, salvo le modificazioni che derivano dalla sua indole aleatoria, cioè di non potersi chiedere la risoluzione per mancanza di pagamento del prezzo (art. 1978 (1850)), e di non potersi rescindere per causa di lesione. Il contratto adunque, come qualunque altra vendita, sarà perfetto col solo consenso delle parti; la proprietà della cosa si trasferisce irrevocabilmente al debitore della rendita; tutti i rischi saranno a suo carico: ma, per l' incontro, egli avrà il *dritto di* conservare o reclamare l'immobile, *quando* anche il creditore della rendita *vitalizia sia* morto poco tempo dopo il contratto, e sarà tenuto al pagamento delle annualità dal giorno stesso della stipulazione della vendita. Infine, il contratto sarà sin*allagmatico*, poichè obbliga una delle *parti alla prestazione* delle annualità, e *l'altra alla* consegna della cosa venduta.

III. — 679. L' atto di costituzione di rendita vitalizia a titolo oneroso è sottoposto ai principî generali per quanto riguarda la sua forma: può dunque farsi per iscrittura privata, o innanzi notaro. Non faremo alcuna particolare osservazione per il caso in cui le parti lo stipulino per mezzo di notaro. Se però lo facciano per iscrittura privata, dovranno tener conto delle circostanze e uniformarsi, secondo che la convenzione sia sinallagmatica o unilaterale, alla distinzione da noi testè indi-

(1) *Vedi* Pothier, nn. 221 e 222). — Troplong (nn. 220 e 223).

(2) *Vedi* Delvincourt, t. III, p. 418, nota 5); Duranton (t. XVIII, n. 157); Bugnet, sopra Pothier (*loc. cit.*, in nota); Mourlon (t. III. p. 406).

* Questa distinzione è anche importante in quanto riguarda la legge fiscale. — Infatti la legge sul registro dei 21 aprile 1862 considera come rendite vitalizie, soggette perciò ad una tassa speciale, quelle costituite mediante una somma di danaro o una cosa mobile valutabile, nelle quali soltanto riconosce la rendita vitalizia propriamente detta (arg. dall'art. 17, nn. 7 e 9, 95, n. 18). Quando invece la rendita è costituita in cambio di un immobile, è soggetta alle regole dei trasferimenti di immobili, perciocchè allora, come bene osserva il nostro Autore, la rendita vitalizia non è più l'oggetto principale del contratto, ma ne è il prezzo, e la legge considera come predominante la trasmissione dello immobile fatta per un prezzo consistente in un'annua rendita (art. 18, n. 6, legge 21 aprile 1862).

cata. Se la rendita sia costituita per mezzo della alienazione di un immobile o di una cosa mobile, o per mezzo di una somma di danaro, la quale debba essere pagata in un tempo determinato, la convenzione è sinallagmatica, e quindi, ai termini dell'articolo 1325 (1279 M), l'atto dovrà esser fatto in tanti originali, quante sono le parti che hanno un interesse distinto, e dopo la legge dei 23 marzo 1855, art. 1, dovrà essere trascritto se la costituzione sia fatta per mezzo di un immobile. Se la rendita sia costituita per mezzo di una somma di danaro, col pagamento della quale avrà efficacia il contratto, la convenzione è unilaterale, e basta che l'atto sia scritto per intero di mano del costituente, o almeno che, oltre la sua firma, contenga il *buono* o lo *approvato* richiesto dallo art. 1326 (1280), salvo le eccezioni contenute in questo articolo, avuto riguardo alla qualità della persona (1).

680. L'atto di costituzione, anche quando è fatto per iscrittura privata, sarà soggetto alla disposizione generale dell' art. 1328 (1282); e quindi, per potersi opporre ai terzi, deve avere acquistato data certa in uno dei modi da questo articolo indicati. Sotto gli art. 1974 e 1975 (1846 e 1847) diremo quali siano i terzi che possono opporre al terzo la mancanza di data certa; il che ha dato luogo a qualche difficoltà (*infra*, nn. 722 e seg.).

1969 (1841). — Può altresì esser costituita a titolo semplicemente gratuito per donazione tra vivi o per testamento: dee in tal caso essere rivestita delle forme prescritte dalla legge.

1970 (1842). — Nel caso dell' articolo precedente, la rendita vitalizia è soggetta a riduzione, se ecceda la quota di cui è permesso di disporre: è nulla, se sia fatta a favore di persona incapace di ricevere.

SOMMARIO.

I. 681. Della rendita vitalizia costituita a titolo gratuito: per principio, non è sottoposta, nè quanto alla forma, nè quanto alla sostanza, alle regole di questo capitolo. Rimando.—682, 683. Combinazione dell' art. 1970 (184) coll'art. 917 (833).—684. L' art. 1969 (1841) applicasi soltanto all'atto puramente gratuito.

I. — 681. Gli articoli 1969 e 1970 (1841 e 1842) parlano, per incidente, della rendita vitalizia costituita a titolo gratuito, stabilendo in questo capitolo alcune particolari disposizioni, le quali per altro avrebbero potuto altrove anche ben collocarsi (*infra*, art. 1973 e 1981 (1845 e 1853)). Infatti, come già dicemmo in principio di questo capitolo, la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito non appartiene in alcun modo alla classe dei contratti di cui si occupa il legislatore in questa parte del Codice: stabilita per donazione, sarà sempre un contratto, sebbene l'art. 894 (814) definisca la donazione un atto (2); ma questo contratto non avrà nulla di aleatorio, come sopra dicemmo (n. 666): stabilita per testamento, non solo non sarà aleatoria, ma non può nemmeno considerarsi come contratto, essendo un semplice legato. Adunque, in qualunque dei due modi sia fatta, la costituzione di rendita vitalizia a titolo puramente gratuito non ha alcuna relazione colla materia dei contratti aleatori; e in

(1) Angers, 18 febb. 1837 (S.V., 39, 2, 426; Dalloz, 39, 2, 138).

(2) *Vedi* su questo articolo Marcadè (t. II, p. 1ª, n. 440).

conseguenza, come sorge precisamente dai nostri due articoli, non potranno applicarvisi le regole di questo capitolo, nè per la sostanza, nè per la forma.

Quanto alla forma, l' art. 1969 (1841) rimanda espressamente alle formalità prescritte dalla legge; dal che segue che la costituzione debba essere rivestita delle forme del testamento o della donazione, secondo che la rendita vitalizia sia stabilita con atto gratuito tra vivi o con atto di ultima volontà. Quanto alla sostanza, l'art. 1970 (1842) dispone nel medesimo modo, riferendosene alle regole secondo cui le liberalità sono annullate, se fatte a favore di una persona dichiarata dalla legge incapace di ricevere a titolo gratuito, e ridotte, se eccedano la quota disponibile.

682. Nondimeno, per intendere giustamente quest'ultimo punto, bisogna combinare la formula troppo generale dell' art. 1970 (1842) colla disposizione dell' articolo 917 (833). Or, secondo quest'ultimo articolo, quando la disposizione per atto tra vivi o per testamento sia di un usufrutto, o di una rendita vitalizia, il cui valore ecceda la porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge fa una riserva, potranno scegliere o di eseguire tal disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile. Senza tornare sul commentario di questo articolo, basti ricordare, riferendoci a quello che ne disse Marcadè (1), che il legislatore con questa disposizione ha voluto, per quanto è possibile, evitare la valutazione di dritti il cui valore è sempre indeterminato fino alla loro estinzione, a causa della incertezza della loro durata. Le operazioni e i calcoli necessarî per giungere alla riduzione sarebbero talmente problematici ed incerti, da porre seriamente in rischio i dritti di famiglia che la legge ha voluto proteggere colla istituzione della riserva. Per questo appunto l'art. 917 (833) ha lasciato a scelta dello erede riservatario, quando le annualità di una rendita vitalizia, costituita a titolo gratuito dal suo autore, eccedano la rendita della porzione disponibile, o di pagare integralmente la rendita, o di abbandonare la proprietà della quota disponibile, secondo che gli torni più conto.

683. Ma sebbene il legislatore abbia voluto, per quanto è possibile, evitare questa valutazione, che difatti può non esser mai necessaria fra lo erede riservatario e i donatari o legatari (2), pure alle volte può diventare indispensabile per quest' ultimi tra loro. Così per esempio, se vi siano più legatari in concorso, e tutti i loro legati debbano essere ridotti in proporzione del loro valore rispettivo (art. 926 (843)), sarà necessario, se le parti non siano d'accordo, valutare tutti i legati, compreso quello *di rendita vitalizia*, e ridurli tutti in *proporzione*. In questo caso, ed in tutti gli altri analoghi in cui è necessaria la valutazione, sorge il dubbio se la rendita debba stimarsi secondo il valore del giorno *in cui fu costituita*, o secondo quello *del giorno in* cui si stima. Noi crediamo *doversi* scegliere quest'ultimo partito, uniformemente ai principî enunciati nell'art. 923 (840). Il valore della rendita vitalizia scema a misura che la persona in testa di cui è costituita si avanzi negli anni, e in ragion delle infermità a cui sia maggiormente esposta: e di questo caso fortuito bisogna tener conto, come si farebbe necessariamente se la rendita si fosse estinta durante la vita del donante. Se dunque la rendita scema di valore per effetto del tempo, è necessità valutarla tale quale è. Però non dovranno restituirsi le annualità percepite dal donatario prima della morte del donante, perchè veri frutti (art. 928 (845)).

684. Notiamo da ultimo, che la legge nell' art. 1969 (1841) richiede che siano adoperate le forme necessarie per la validità delle donazioni tra vivi o testamentarie quando la rendita vitalizia sia costituita a titolo *semplicemente* gratuito, cioè quando

(1) Marcadè (*loc. cit.*, nn. 557 e seg.).

(2) *Ibid.*, nn. 560 e seg.

sia un atto di pura liberalità. Mancando queste condizioni, non potranno più applicarvisi le disposizioni rigorose del titolo delle donazioni. In questo senso ha giudicato la Corte di cassazione, che l'atto con cui una madre abbandoni alcuni beni ai suoi figli, contro il pagamento di una rendita vitalizia, benchè d'assai inferiore al valore dei beni (1), siccome l'atto di costituzione di una rendita vitalizia stabilita come condizione accessoria di una vendita, il cui prezzo sia stato per altro determinato (2), debbono considerarsi come atti a titolo oneroso, e per conseguenza sono validi, sebbene non rivestiti delle forme prescritte dalla legge per le donazioni. Lo stesso dicasi della costituzione di una rendita vitalizia fatta in favore di una donna da colui che l'ha resa madre di un figlio (3), o dal padrone in favore di un domestico (4). Però in questi vari casi tutto dipende dallo esame delle circostanze che sfuggono alla censura della cassazione, come giustamente è stato ritenuto nelle cennate decisioni.

1971 (1843). — La rendita vitalizia può costituirsi, sia sulla vita di colui che somministra il danaro, sia sulla vita di un terzo che non ha diritto alla rendita.

1972 (1844). — Essa può costituirsi sopra la vita di una o più persone.

SOMMARIO.

I. 685. Oggetto degli art. 1971 e 1972 (1843 e 1844): indicazione della persona durante la cui vita deve pagarsi la rendita.—686. D'ordinario, la rendita vitalizia si costituisce sulla vita del creditore della rendita.— 687. Può costituirsi sulla vita di un terzo.—688. Continuazione.—689. Può anche esser costituita sulla vita del debitore medesimo.

II. 690. Può essere stabilita sopra più vite, sia congiuntamente, sia successivamente.—691. Se le parti non si spieghino, la rendita apparterrà forse per intero al sopravvivente? — 692. Quid nel caso in cui la rendita sia costituita sulla vita ed in vantaggio di più persone che ne paghino il prezzo in comune? Controversia. — 693. Del caso in cui una rendita sia donata tra vivi o per testamento a due persone.

I. — 685. La rendita vitalizia, come sorge dal suo stesso nome, è un'operazione la cui durata ed esistenza dipendono dalla vita di una persona; per cui è indispensabile che l'atto di costituzione contenga, implicitamente o esplicitamente, l'indicazione della persona durante la cui vita deve pagarsi la rendita. Gli art. 1971 e 1972 (1843 e 1844) riguardano precisamente questa indicazione, a cui riferisconsi pure gli art. 1974 e 1975 (1846 e 1847), di cui più in là parleremo (*infra*, nn. 703 e seguenti).

686. D'ordinario, la rendita si costituisce sulla vita della persona che deve raccoglierne il beneficio, cioè del creditore o acquirente della rendita. « La rendita vitalizia, diceva il tribuno Duveyrier, suole più comunemente costituirsi sulla vita di colui che l'acquista e che ne paga il prezzo. È questa la natural conseguenza del suo oggetto, di durare cioè quanto la vita stessa di colui che ne deve esser mantenuto (5).» Or poichè questo è il caso più comune, de-

(1) Rig., 1 marzo 1809 (S.V., 9, 1, 185; *Coll. nov.*, 3, 1, 28; Dalloz, 19, 1, 124).
(2) Ric., 5 nov., 1856 (S. V., 57, 1, 15; J. P., 1857, p. 292; Dalloz, 57, 1, 112).
(3) Ric., 30 nov. 1819 (S. V., 20, 1, 107; *Coll. nov.*, 6, 1, 158; Dalloz. 19, 1, 618).
(4) Rig., 3 febb. 1846 (S.V., 46, 1, 502; Dalloz, 46, 1, 159; J.P., 1846, t. II, p. 70).
(5) Fenet (t. XIV, p. 562); Locré (t. XV, p. 202).

vesi naturalmente presumere sia stato nella intenzione delle parti, quando nulla abbiano detto: quando dunque io mi obbligo a pagarvi una rendita vitalizia, senz'altra spiegazione, ciò equivarrà come se avessi detto che mi obbligo a pagarvela per tutta la vostra vita.

687. La rendita vitalizia può anche costituirsi sulla vita di un terzo che non abbia alcun interesse nel contratto: come se per esempio, volendo dispensare il creditore dall'obbligo di produrre i certificati di vita, si costituisca la rendita sulla vita di un personaggio illustre, di un sovrano. Tale stipulazione non manca di alcuna delle condizioni giuridiche: se è permesso far dipendere la risoluzione di una convenzione qualunque dalla morte di un terzo, dovrà essere pure permesso inserire la medesima condizione nell'atto di costituzione di una rendita vitalizia.

In questo caso, la persona che deve godere della rendita è diversa da quella, durante la cui vita la rendita dev'essere pagata; però questa combinazione, rara ed eccezionale, non può presumersi, ma deve chiaramente e formalmente esprimersi.

Il terzo sulla cui vita è stata costituita la rendita non acquista alcun dritto in forza del contratto: il creditore non ha inteso dargli facoltà di riscuòterne le annualità come mandatario, o di riceverle in qualità di *adjectus solutionis gratia*, ma ha voluto unicamente fissare la durata della rendita per tutto il tempo della di lui vita.

E poichè il terzo indicato nel contratto non ha alcun dritto di godere della rendita, ne segue manifestamente che non è necessaria nè la sua presenza, nè il suo consenso (1). Come pure è indifferente se sia o pur no capace di disporre o di ricevere, per qualunque siasi titolo, mentre egli non acquista alcun dritto in forza del contratto (2).

688. In questo caso, non può più dirsi che la rendita sia vitalizia pel creditore, in quanto che debba esser pagata durante la sua vita: perciocchè se il terzo indicato muore prima del creditore, la rendita non dovrà essere più pagata; e per l'opposto, se il terzo sopravvive, la rendita dovrà essere continuata agli eredi del creditore sino alla morte di colui. E in ciò appunto si vede una delle differenze tra la rendita vitalizia e l'usufrutto, il quale, essendo un dritto essenzialmente personale, si estingue colla morte dell'usufruttuario, quand'anche fosse stato stabilito fino a che un terzo giungerebbe ad una età determinata (art. 617 (542)).

Nondimeno potrebbero le parti, nell'atto di costituzione della rendita, dichiarare che si estinguerebbe pure colla morte del creditore, assimilando in questo punto la rendita vitalizia all'usufrutto. Questa stipulazione potrebbe anzi considerarsi come implicitamente racchiusa nell'atto, se la rendita vitalizia, stabilita a titolo gratuito, avesse un carattere alimentare (3).

689. Siccome la rendita può essere costituita sulla vita di un terzo, così può anche costituirsi sulla vita del debitore medesimo. Questa combinazione assicura il creditore più che se la rendita fosse stabilita sulla sua propria vita, perciocchè in tal modo non vi è più luogo a temere il *votum captandae mortis*, nè che il debitore, stanco di pagare la rendita e spinto da colpevole cupidigia, attenti ai di lui giorni per liberarsi dalla sua obbligazione. Però questa combinazione è anche più rara della precedente, poichè si allontana anche dippiù dal fine che le parti si propongono abitualmente colla costituzione di una rendita vitalizia.

II. — 690. Oltre la facoltà consacrata dall'art. 1971 (1843) di costituire la rendita sulla vita di un terzo che non ha dritto a goderne, le parti possono anche costituire una rendita vitalizia sopra più vite (art. 1972 (1844)). « La rendita può costi-

(1) *Contra*: Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 26, nota 7).

(2) Pothier (n. 226).

(3) Duranton (n. 131).

tuirsi in tal modo, dice il tribuno Duveyrier, sia per attribuirne successivamente il godimento alle persone sulla cui vita è stabilita, sia per conservarne il godimento a sè stesso e ai proprî eredi fino alla estinzione di tutti coloro che ne protraggono la durata (1). » Le quali parole lasciano travedere, che la durata della rendita può a piacere stabilirsi sia sulla vita delle persone in vantaggio di cui è costituita, sia sulla vita di più persone che non hanno alcun dritto di goderne. Con quest' altra combinazione, che consiste nel moltiplicare il numero delle vite su cui può costituirsi la rendita, si ha il vantaggio di accrescere le possibilità della durata, e, lasciando sempre all'operazione il carattere aleatorio, diminuire per quanto è possibile i rischi inseparabili dalla esistenza umana. Ma perchè sia valida questa combinazione, è necessario indicare nell'atto di costituzione le persone che debbano godere della rendita, senza di che l'*alea* non sarebbe più indipendente dal fatto delle parti. Laonde non possiamo che approvare una decisione della Corte di Caen, la quale dichiarò nulla, come contraria all'essenza del contratto di rendita vitalizia, una clausola con cui il creditore ne avea stipulato la riversibilità in testa di una persona, a sua scelta, che avrebbe indicato se lo credesse conveniente (2).

691. Costituendo la rendita sulla vita di più persone, le parti possono convenire che debbano goderne successivamente, dopo la morte di ciascun creditore, in un ordine prestabilito. Possono anche chiamarle tutte congiuntamente, con una clausola di riversibilità, assicurando ai superstiti lo accrescimento che deriva dalla morte degli altri. In questa ipotesi, non può sorgere alcun dubbio se i termini dell'atto siano precisi e formali. Ma può alle volte avvenire che le parti costituiscano la rendita sopra più vite, senza stipulare la riversibilità. Che si farà in tal caso alla morte di una delle persone indicate? Si estinguerà in parte la rendita? o invece dovrà pagarsi per intero ai sopravviventi?

Havvi un primo caso in cui tutti gli scrittori sono d'accordo, quando cioè si costituisce una rendita vitalizia sopra due o più persone estranee al contratto, le quali non devono ricavarne alcun vantaggio: in tal caso nessun dubbio che la rendita debba pagarsi per intero fino alla morte dell'ultima persona indicata, tranne stipulazione contraria. Il creditore ha voluto, con questa combinazione, diminuire le probabilità di estinzione della rendita, e non già scindere il contratto nei suoi effetti per la morte di una delle persone indicate. La rendita è una sola, ma la sua estinzione è subordinata per intero ad una condizione copulativa: fino a che dunque non si siano avverati tutti i fatti compresi nella condizione, questa non può riguardarsi come verificata.

692. Ma che dire quando il prezzo della rendita sia stato pagato in comune da due o più persone che l'abbiano costituito sulla loro vita e in loro vantaggio? Per modo d'esempio, io e Pietro, proprietarî in comune di una casa, ne facciamo l'abbandono ad un terzo contro il pagamento di una rendita vitalizia; o, per prendere una ipotesi più frequente nella pratica, poniamo che un marito, coi danari della comunione, stipuli una rendita vitalizia in favore suo e della moglie: morendo uno di essi, si estinguerà forse la rendita per metà? Alcuni scrittori opinano del sì. I due stipulanti, essi dicono, sono creditori ciascuno per metà. Or quando una cosa divisibile è dovuta a due persone senza solidarietà, il credito si divide di pieno dritto. Dovrà dunque ritenersi come se vi fossero due costituzioni di rendita: il dritto dell'uno è assolutamente indipendente da quello dell'altro; l'uno può sussistere, quando l'altro si estingue; ma in questo caso sussiste tale qual'era; non si estende, nè si restringe, ma rimane intatto; il che importa che il sopravvivente continua a godere come prima

(1) Fenet (t. XIV, p. 562); Locré (t. XV, p. 203).
(2) Caen, 16 marzo 1852 (S.V., 52, 2, 669; J.P., 1853, t. II, p. 252; Dalloz, 53, 2, 95).

della metà della rendita (1). Ma questa soluzione è stata generalmente respinta, perchè manifestamente contraria al pensiero dell'art. 1972 (1844), che rilevasi dalle spiegazioni sopra riprodotte del tribuno Duveyrier. Ed invero, nel caso proposto, è errore supporre la esistenza di due rendite distintamente create; la rendita è una sola, stabilita sopra più persone, e costituisce un ente morale che deve vivere e morire per intero. Non si può dunque ammettere la diminuzione della rendita a seconda della estinzione delle persone, senza mutare le condizioni del contratto. Se così fosse, non potremmo più dire, col nostro articolo, che una rendita possa essere costituita *sopra più persone*, poichè in realtà vi sarebbero in questo caso due rendite distinte sopra la vita di due persone separate. Pertanto noi, d'accordo colla giurisprudenza e colla maggior parte degli scrittori, opiniamo che, anche in tal caso, la rendita non si estingue se non dopo la morte delle persone sulla vita e in vantaggio di cui fu costituita (2).

693. In conseguenza dei medesimi principî, decidiamo che, quando per atto tra vivi o per testamento si costituisce una rendita a titolo gratuito in favore di due persone, la morte di uno dei donatari non impedisce la continuazione della rendita per intero in vantaggio del sopravvivente, non essendosi ancora verificata la condizione copulativa a cui è subordinata la estinzione della rendita (3).

1973 (1845). — **Può costituirsi a vantaggio di un terzo, benchè un altro ne abbia somministrato il prezzo.**

In questo ultimo caso, quantunque essa abbia il carattere di una liberalità, non è però soggetta alle formalità richieste per le donazioni; eccettuati i casi di riduzione e di nullità espressi nell'art. 1970 (1842).

SOMMARIO.

I. 694. Della rendita costituita a vantaggio di un terzo, somministrandosene il capitale da un'altra persona. L'articolo 1973 (1845), relativo a questo caso, non fa che applicare ed estendere l'art. 1121 (1075). — 695. In conseguenza è necessaria l'accettazione del terzo. — 696. Doppio carattere di questo contratto: è in generale a titolo oneroso tra la persona che somministra il capitale e quella che deve pagare la rendita; al contrario è a titolo gratuito tra il primo e il creditore della rendita. Nondimeno, il contratto non è soggetto alle formalità richieste per le donazioni.—697. Secus. *per ciò che riguarda la validità intrinseca del contratto, tranne che le cause di nullità, di riduzione e di revoca non possano opporsi dalla persona che ha somministrato il capitale. Eccezione nel caso di revoca per sopravvenienza di figli.*

II. 698. Del caso in cui la rendita sia stata acquistata da due persone in comune. La convenzione avrà anche allora il carattere di liberalità?—699. Quid *allorchè la rendita sia comprata dal marito coi beni della comunione e colla clausola della riversibilità? Ipotesi diverse. — 700, 701, 702. Continuazione: del caso in cui la rendita sia acquistata mediante un capitale, in danaro o in immobili, proveniente dalla comunione. Controversia: distinzioni.*

(1) *Vedi* specialmente Duranton (n. 134); *Conf.* Mourlon (t. III, p. 411); Delvincourt (test. p. 206).

(2) *Sic* Pothier (n. 242). — *Vedi* pure Massè e Vergè sopra Zachariae (t. V, p. 26, nota 7); Taulier (t. VI, p. 503); Troplong (n. 245). — *Vedi* Ric., 18 genn. 1830 (S. V., 30, 1, 142; *Coll. nov.*, 9, 1, 428; Dalloz, 30, 1, 79).

(3) *Contra*: Duranton (n. 135). — *Vedi* pure Dijon, 22 genn. 1845 (Dalloz, 45, 4, 335).

I. — 694. Gli art. 1971 e 1972 (1843 e 1844) non comprendono tutte le combinazioni del contratto di rendita vitalizia: l'art. 1973 (1845) riguarda un'altra combinazione molto frequente nella pratica. Si costituisce la rendita, in favore di una persona che non ne paga il prezzo, da un terzo il quale, volendo farle una liberalità, incarica il costituente di pagarle la rendita, sia durante la vita di un terzo estraneo al contratto, sia durante la vita della persona stessa che deve goderne. È questa la ipotesi del nostro articolo, il quale così non fa che applicare ed anzi estendere lo art. 1121 (1075). La persona che paga il prezzo della rendita potrebbe infatti, tenendosi nei termini di quest'ultimo articolo e facendo un contratto principale a titolo oneroso o gratuito, apporvi come condizione accessoria l'obbligo di pagare una rendita vitalizia ad un terzo che vuol beneficare. Così, vendendo il mio fondo a Paolo o facendogliene donazione, potrei stipulare che, oltre il prezzo di vendita, o come condizione della donazione, il compratore o il donatario paghi ad un terzo da me indicato una rendita vitalizia durante la vita di lui o di un'altra persona. Ovvero, stipulando una rendita vitalizia in mio favore, potrei aggiungere, che dopo la mia morte la rendita debba in tutto o in parte continuarsi ad un terzo. Tutti questi casi sono un'applicazione pura e semplice dell'art. 1121 (1075).

Ma il nostro articolo si spinge più oltre, permettendo a colui che paga il prezzo di una rendita vitalizia di costituirla in vantaggio di un terzo, quand'anche non formi condizione di una stipulazione che faccia per sè stesso o di una donazione; per esempio, somministrando una somma ad un terzo che si obbliga di pagare una rendita vitalizia ad una persona che vuolsi gratificare. Siffatta combinazione non rientra implicitamente nei termini dell'art. 1121 (1075); ma nondimeno è permessa dall'art. 1973 (1845), la cui disposizione generale non distingue tra il caso in cui la costituzione della rendita a vantaggio di un terzo formi condizione della stipulazione che quest'ultimo fa per sè stesso, e il caso in cui la costituzione sia l'unica stipulazione del contratto.

695. Però, in nessun caso, e massime in quest'ultimo, la disposizione dell'articolo 1973 (1845) non deroga all'art. 1119 (1073), secondo cui niuno in generale può stipulare nel suo proprio nome fuorchè per sè medesimo; poichè il terzo a vantaggio di cui è costituita la rendita, non può goderne se non dichiari di volerne approfittare. Ciò risulta dall'art. 1121 (1075), poichè, come dicemmo, il nostro art. 1973 (1845) non ha fatto che estenderne l'applicazione. Adunque, finchè la persona chiamata a godere della rendita non manifesti la sua intenzione di accettare, non vi sarà per parte del donante che una semplice promessa, la quale potrà essere revocata. La costituzione diventa diffinitiva ed irrevocabile coll'accettazione dell'offerta che vi si racchiude, la quale accettazione renderà perfetto il contratto tra le parti, ed obbligherà il donante, il quale allora, come è detto nell'art. 1121 (1075), non può più rivocarla. Aggiungiamo inoltre, che la manifestazione della intenzione richiesta da parte della persona a vantaggio di cui è costituita la rendita, non è soggetta ad alcuna forma particolare. Può dunque farsi espressamente in una forma qualunque; può anche essere tacita e risultare dal solo fatto di riscuotere un'annualità della rendita; insomma, purchè l'accettazione non sia equivoca, il donante sarà irrevocabilmente legato.

696. La costituzione della rendita vitalizia, nel modo preveduto dall'art. 1973 (1845), presenta un doppio carattere: ciò è chiaramente indicato nel secondo comma dello stesso articolo, ed è per altro un effetto necessario delle varie operazioni che costituiscono l'intero contratto. — Tra la persona che somministra il prezzo e quella che deve pagare la rendita, il contratto in generale è a titolo oneroso; può nondimeno essere a titolo gratuito, quando la rendita formi condizione di una donazione fatta ad

un terzo.—Al contrario, sarà sempre e necessariamente una donazione, un atto a titolo gratuito tra la persona che somministra il prezzo e quella che, dopo la sua accettazione, deve riscuotere le annualità, poichè quest' ultima non ha nulla dato in cambio della rendita di cui diventa titolare.

Nondimeno il fatto principale e dominante è il contratto tra colui che somministra il capitale in danaro o in immobili, e il debitore della rendita; la donazione è l'accessorio: l' atto dunque dovrà, quanto alla forma, essere governato dalle regole proprie del contratto principale, come è giustamente detto nell' art. 1973 (1845), il quale dichiara che in questo caso la rendita vitalizia non è soggetta alle formalità richieste per le liberalità. La donazione, che è l' accessorio, seguirà la forma dell'atto principale, il quale essendo d' ordinario a titolo oneroso, andrà per ciò esente dalle forme rigorose degli art. 931 (855) e seguenti relativi alle donazioni; e per questo appunto la legge non ha nemmeno richiesta alcuna formalità speciale per l'accettazione del terzo che deve riscuotere le annualità della rendita.

697. Ma ciò riguarda unicamente la forma: quanto alla validità intrinseca e ai suoi effetti, la costituzione d'una rendita vitalizia a vantaggio di un terzo sarà, come donazione, sottoposta alle regole generali sulle disposizioni a titolo gratuito: quindi, sarà nulla, se fatta in favore di una persona incapace di ricevere da colui che ha somministrato il prezzo; riducibile, se ecceda i limiti della quota disponibile; revocabile, se il donatario si trovi in uno dei casi di rivocazione eccezionalmente stabiliti dalla legge.

Però bisogna notare, che queste cause di annullamento, di revoca o di riduzione che possono colpire la donazione, non potranno menomamente influire sulla efficacia del contratto principale stipulato tra il costituente e colui che ha somministrato il prezzo della rendita. In qualunque stato di causa, questo contratto dovrà essere eseguito, ed il costituente sarà sempre tenuto a pagare le annualità, poichè egli non può invocare le leggi sulla nullità, sulla riduzione o sulla revoca delle liberalità. Queste leggi non sono fatte in suo favore, ma, come dice Pothier, in favore degli *eredi*, o, secondo i casi, in favore del *donante* medesimo. In conseguenza, costoro soltanto potranno profittarne, ed ottenere che la rendita sia invece loro pagata, durante la vita di colui a vantaggio di cui era stata costituita (1). In un solo caso il debitore potrebbe opporre al creditore della rendita, donatario, la revoca della donazione, e negarsi a continuargli il pagamento delle annualità, quando cioè la donazione sia revocata per sopravvenienza di figli. In tal caso, essendo la liberalità rivocata di pieno dritto, giusta l'art. 960 (885), potrà qualunque interessato, e quindi anche il debitore della rendita nella nostra ipotesi, invocare la causa della revocazione, non già per esimersi assolutamente dal pagamento delle annualità, ma per mettersi al coverto dai ricorsi che più tardi potrebbero esercitare contro di lui il donante o i suoi eredi.

II.—698. Abbiamo finora esaminato la ipotesi di una rendita vitalizia il cui prezzo sia stato per intero somministrato dall'acquirente, senza alcuna partecipazione da parte del terzo a vantaggio di cui è costituita: è questo il caso specialmente preveduto dall'art. 1973 (1845). Ma, allontanandoci dai termini precisi di questo articolo, supponiamo che una rendita sia acquistata a spese comuni da due persone, colla condizione che debba per intero continuarsene il pagamento in favore del sopravvivente. In questo caso non abbiamo più il contratto complesso preveduto dall'art. 1973 (1845), che contiene ad un tempo un contratto principale a titolo oneroso ed una liberalità accessoria, soggetta come tale, almeno per la sostanza, alle regole concernenti le disposizioni a titolo gratuito. È a vedere adunque se, anche nel caso supposto, debbano seguirsi queste regole, se non quanto alla forma, almeno per la sostanza. Il deb-

(1) Vedi Pothier (n. 241).

bio nasce da ciò che, alla morte di uno degli acquirenti, colui che sopravvive riceverà una rendita maggiore di quella che col suo capitale avrebbe potuto ottenere: sembra adunque che egli riceverà l' eccedente, senza nulla aver pagato in cambio, e che quindi sia questa una liberalità, la quale, sebbene dispensata dalle formalità richieste per le donazioni, dovrà nondimeno, quanto ai suoi effetti e alla sua intrinseca validità, essere sottoposta alle regole delle donazioni. Ma niente di tutto questo: i due acquirenti, avendo pagato in comune il prezzo della rendita, non sono per nulla nella ipotesi dello art. 1973 (1845). Per altro, nessuno dei due ha avuto l'intenzione di fare all'altro una liberalità; ma essi hanno voluto, riunendo i loro capitali, procurare una rendita maggiore a quello di loro che sarebbe sopravvissuto. È questa una convenzione aleatoria che presenta una grande analogia colla convenzione conosciuta sotto il nome di tontina. Infatti nella tontina, contratto evidentemente a titolo oneroso, i superstiti profittano soli dei capitali conferitivi dai predefunti; e così pure, nella nostra ipotesi, il sopravvivente acquista la parte di rendita spettante al premorto, senza che in questo entrasse per nulla l'idea di una liberalità. Pertanto, le regole sulle donazioni, sulla loro nullità, riduzione o rivocazione, sono assolutamente inapplicabili in questo caso.

699. Ciò posto, se due coniugi, maritati sotto una regola diversa dalla comunione, abbiano somministrato metà per uno il capitale di una rendita vitalizia, costituita colla clausola della riversibilità, o se, maritati sotto la regola della comunione, abbiano somministrato questo capitale con beni loro propri, la convenzione è aleatoria; e quindi a titolo oneroso, nè può applicarvisi l'art. 1096 (1050), il quale dichiara revocabile a volontà del donante le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, o l'art. 1097 (1051), il quale vieta loro di farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.

Parimente, quando in una divisione di ascendenti, due coniugi stipulino una rendita vitalizia in favore dei loro figli, colla clausola di non doversi ridurre alla morte di uno di essi, la convenzione è pure aleatoria e sfugge quindi al divieto dell'art. 1097 (1051). Che se si voglia sostenere, essere i figli quelli che accordano questo vantaggio al sopravvivente, non vi si potrà certo vedere un patto sulla successione futura, vietato dalla nostra legislazione, ma una convenzione a titolo oneroso, accessoriamente legata alla divisione, e che, per ragion della sua indole aleatoria, ha la più grande analogia colla rendita vitalizia stipulata riversibile in un contratto a titolo oneroso propriamente detto.

700. La quistione non soffre alcun dubbio in queste varie ipotesi. Ma non così, quando la rendita vitalizia sia acquistata dal marito per mezzo di un capitale, in danaro o in immobili, tratto dalla comunione, e colla clausola della riversibilità per intero in testa del coniuge sopravvivente. Si potrà in tal caso, ove la moglie accetti la comunione, escludere dalla divisione la rendita? Siffatta quistione, che più specialmente si riferisce alla materia della comunione, è stata mossa da Troplong in occasione dei contratti aleatori. Ed in prima, noi metteremo da banda il caso in cui, per ragion di circostanze peculiari, vi fosse tale ineguaglianza di rischi da togliere quasi interamente al contratto il carattere aleatorio. In quest'ordine d'idee, l'eminente giureconsulto conviene, e sarebbe impossibile pensarla altrimenti, che se per esempio, un marito infermo e vecchissimo, maritato in seconde nozze con una giovane sposa, acquisti coi danari della comunione una rendita riversibile in favore del coniuge superstite, i tribunali sarebbero in dritto di considerare quest'atto come ispirato al marito dal desiderio di favorire la giovane sposa a danno dei figli del primo letto, e quindi non tenere in alcun conto la clausola della riversibilità (1).

701. Ma Troplong si spinge assai più

(1) *Vedi* Troplong (n. 255).

oltre; stabilendo come principio, ed astraendo da qualunque circostanza peculiare, che ove una rendita vitalizia sia costituita dai coniugi con danari della comunione, colla condizione di doversene continuare il pagamento a vantaggio del sopravvivente, questi abbia dritto a percepire per intero la rendita, senza dovere alcuna ricompensa per le annualità che acquista oltre la sua parte; perciocchè i coniugi, stipulando la riversibilità, hanno convenuto che la rendita non sarebbe punto divisa, stabilendo così un patto aleatorio, che non permette di dire che colui a cui giova si arricchisca a danno della comunione (1). Or noi abbiamo già combattuto questa dottrina dello eminente giureconsulto (2), e, dopo novello esame della quistione, ci siamo maggiormente confermati nella nostra opinione.

Infatti, come abbiamo detto, in ogni rendita costituita sulla vita di due coniugi mediante un oggetto della loro comunione, debbono considerarsi distintamente due interessi nel caso della morte di uno dei creditori: l' interesse del debitore della rendita e quello del creditore sopravvivente. Or la prima quistione a fare relativamente allo interesse del debitore è, se la rendita si estingua per metà, o debba sussistere per intero. E noi già sappiamo come deve risolversi in principio tal quistione, e che la rendita sussiste per intero (*sopra*, n. 692). Però ciò è stato contraddetto; e appunto per questo; volendosi evitare qualunque controversia, è invalso nella pratica l' uso d' indicare espressamente, nel contratto di costituzione, che la rendita non sarebbe ridotta per la morte di uno dei creditori. Ecco l' unico oggetto della clausola della riversibilità; per cui mal si appone Troplong quando dice che la clausola, inserita in una costituzione di rendita fatta dai coniugi per mezzo di valori presi dalla comunione, implichi l'idea che la rendita non debba, come gli altri beni della comunione, formare oggetto di divisione allo scioglimento della società coniugale.—Ed ora, esaminata dall'altro aspetto, forse che viene esclusa la necessità della divisione perchè aleatoria la convenzione? No certamente. La convenzione lascia incerto soltanto se la rendita andrà per intero a vantaggio del marito o della moglie; in ciò solo, e non in altro, consiste l' *alea*. Ma cessata questa incertezza collo avvenimento della morte di uno dei coniugi, rimangono le obbligazioni del superstite relativamente alla rendita, obbligazioni che devono regolarsi coi principî della comunione. Or tra questi principî, il meno controverso è quello che alcuno dei coniugi non possa ricavare un vantaggio personale dai beni della comunione senza doverne lo indennizzo. Ciò posto, la quistione è bella e risoluta; poichè nessuno vorrà certamente negare, che una rendita *costituita* durante il matrimonio con *valori comuni*, sia un bene della *comunione*. E *allora*, come mai il coniuge *superstite potrebbe* nella liquidazione attribuirsela e ritenerla personalmente per intero?... Ciò non è possibile per nessun modo. Gli antichi scrittori opinavano anche in questo senso. « Se il marito, dice Lebrun, dia a fondo perduto un valore o un bene acquistato dalla comunione, per una rendita vitalizia pagabile ai due coniugi, e dopo la morte di uno di essi al superstite, una tale operazione si reputerà fatta in proporzione; e poichè il fondo non è proprio di alcuno dei coniugi, ma appartiene alla comunione, il sopravvivente *dovrà restituire agli eredi del coniuge premorto la metà della rendita* di ciascun anno, a contare dal giorno della morte (3). »

Or siccome non sorge da alcun testo che la nostra legge siasi in tal punto allon-

(1) *Vedi* Troplong (n. 251).— *Vedi*, nel medesimo senso, Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 26, nota 7); Boileux (t. VI, p. 532 e 533).

(2) Vedi *Rivista critica di legislaz. e di giurispr.* (t. II, p. 136 e seg.).

(3) Lebrun (*Comm.*, lib. I, cap. V, dist. 2, n. 17) — *Junge*: Pothier (*Costituz. di rendita*, n. 242); Bourjon (*Dr. comm.* t. VIII, cap. II, sez. IV, nn. 13 e seg.).

tanata dagli antichi principi, la giurisprudenza moderna si è pronunziata nel medesimo senso. Parecchie decisioni delle corti imperiali hanno così giudicato nella nostra medesima ipotesi, quando cioè due coniugi, durante la comunione, acquistino una rendita vitalizia, stipulando che il sopravvivente debba averne l'intero godimento (1); e la Corte di cassazione ha consacrato la medesima dottrina in occasione di una donazione fatta da due coniugi congiuntamente, coll'obbligo nel donatario di pagar loro una rendita vitalizia riversibile sulla testa del sopravvivente (2). In quest'ultima specie, la Corte di cassazione approvò l'operato dei giudici del merito, i quali, considerando la rendita come costituita alla ragione del 10 per 100, aveano ordinato doversi determinare per ricompensa la metà del capitale fissato sopra queste basi. Invero, questo sistema può accettarsi come un modo particolare di divisione; però è pur troppo chiaro doversi la ricompensa così calcolata pagare agli eredi del coniuge premorto; poichè se si comprendesse nel fondo comune, il coniuge sopravvivente, ricevendo la sua parte, prenderebbe effettivamente tre quarti del valore, mentre agli eredi del coniuge premorto ne toccherebbe un quarto soltanto. La decisione non si spiega a tal rispetto; ma il principio della divisione, eguale in tutti i casi in cui il contratto di matrimonio non disponga altrimenti, basta a colmare la lacuna.

702. Noi finora abbiamo supposto l'accettazione della comunione per parte della moglie o dei suoi eredi, nel qual caso si applicano le precedenti soluzioni. Ma avviene ben altrimenti quando invece la moglie o i suoi eredi rinunciano alla comunione. Il fatto della rinuncia della moglie, fa diventare il marito solo proprietario dei beni della comunione (Cod. Nap., art. 1492 (T)); e in tal caso la clausola della riversibilità stipulata nel contratto di costituzione di rendita implica evidentemente l'idea di una liberalità fatta dal marito alla moglie, se costei sopravviva. Nondimeno non potrà mai riguardarsi come una liberalità proibita dall'articolo 1097 (1051), il quale vieta le donazioni scambievoli e reciproche tra i coniugi. Parlando di dono scambievole, quest'ultimo articolo suppone che ciascuno dei coniugi riceva qualche cosa dall'altro. Ma nel caso nostro nulla havvi di simigliante: lo evento dirà quale dei coniugi profitterà della rendita; reputandosi allora che l'altro non sia stato mai creditore (3). Non ha che fare adunque nel caso nostro l'articolo 1097 (1051), essendo questa la ipotesi preveduta dall'articolo 1973 (1845). Invano si direbbe che la moglie, rinunciando, abbia ripudiato gli effetti degli atti stipulati dal marito, non che i suoi dritti sui beni comuni. La Corte di cassazione ha risposto a tale obbiezione: Durante il matrimonio la moglie non può nulla fare che deroghi al suo dritto alternativo, che può solo esercitare dopo la morte del marito; quando si stipula la riversibilità di una rendita vitalizia, non si può aver di mira nè imporre come condizione l'accettazione della comunione; il dritto della moglie alla riversibilità non può dunque essere subordinato all'accettazione. A buoni conti, la moglie rinunciante, divenendo per effetto della sua rinuncia estranea alla comunione, ha dritto, come qualunque altro estraneo insieme con cui il marito abbia potuto acquistare una rendita, di avvantaggiarsi della clausola della riversibilità (4).

1974 (1846). — Ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una

(1) Parigi, 19 dic. 1819; Rennes, 16 giugno 1841; Orléans, 28 dic. 1843 (S.V., *Coll. nov.*, 6, 2 168; 41, 2, 553; 44, 2, 98; Dalloz, 42, 2, 103; 44, 2, 98). *Conf.* Rennes, 15 febb. 1840 (S. V., 40, 2, 226; Dalloz, 40, 2, 161).

(2) Ric., 29 apr. 1851 (S.V., 51, 1, 329; Dalloz, 52, 1, 23; J.P., 1851, t. II, p. 483).

(3) Parigi, 25 marzo 1844 (Dalloz, 44, 2, 97).

(4) Ric., 15 maggio 1844 (S.V., 44, 1, 409; Dalloz, 44, 1, 229). Duranton (n. 136); Troplong (n. 256).

persona che nel tempo del contratto già fosse defunta, non produce alcun effetto.

1973 (1847). — Lo stesso ha luogo riguardo al contratto, con cui la rendita vitalizia fosse stata stabilita sulla vita di persona affetta da malattia, per la quale sia morta entro venti giorni dalla data del contratto.

SOMMARIO.

I. 703. Il contratto manca di uno dei suoi elementi essenziali quando la persona sulla vita di cui è costituita la rendita fosse defunta nel tempo del contratto : art. 1974 (1846). — 704. La buona fede delle parti, anche quando lo errore sia comune, non basterebbe per render valido il contratto. — 705. Differenza tra la disposizione dell'art. 1974 (1846) e quella dell'art. 365 (357) del Codice di commercio : spiegazione. — 706. La disposizione dell'art. 1974 (1846) comprendesi pienamente nel caso in cui la morte della persona sulla di cui vita era costituita la rendita fosse ignorata dalle due parti o dal solo acquirente della rendita. — 707. Quid se il fatto era conosciuto dall'acquirente? Presunzione di liberalità — 708. La legge riguarda specialmente il caso in cui la rendita sia costituita sulla vita di una persona estranea al contratto: eccezione. — 709. Potrà la sua disposizione applicarsi nel caso in cui, essendo la rendita costituita sulla vita di più persone estranee al contratto, una di esse fosse defunta nel tempo del contratto ?

II. 710. Il contratto sarà parimente di nessun effetto, quando la persona sulla vita di cui è costituita la rendita fosse affetta da tal malattia che ne rende quasi certa la morte, tanto da non potersi il rischio considerar come serio : art. 1975 (1847). — 711. Condizioni per l'applicazione di questo articolo. Bisogna : 1° che la persona sulla vita di cui è costituita la rendita sia affetta dalla malattia nel tempo del contratto; —712. 2° Che la persona sia morta di questa malattia ; — 713. 3° Che sia morta entro venti giorni dalla data del contratto. — 714. Calcolo del termine. — 715. La pruova dovrà sempre farsi da chi agisce per la nullità.

III. 716. Transizione. — 717. L'art. 1975 (1847) si applica soltanto alla rendita vitalizia costituita a titolo oneroso. — 718. Per ciò stesso non puossi estendere al caso speciale preveduto dall'art. 1973 (1845). — 719. Del caso in cui la rendita sia costituita sulla vita di un terzo : distinzioni. — 720. Del caso in cui sia costituita sulla vita del medesimo creditore : controversia. — 721. Del caso in cui sia costituita sopra più vite.

IV. 722. Quando l'atto è sotto firma privata senza data certa, gli eredi del creditore della rendita devono per principio pruovare che sia stato fatto nelle condizioni dell'art. 1975 (1847). — 723. Potranno invocare l'art. 1328 (1282)? — 724, 725. Continuazione: distinzioni.

I. — **703.** Abbiamo detto, spiegando gli art. 1971 e 1972 (1843 e 1844), che, essendo la durata del contratto di rendita vitalizia determinata secondo la vita di una persona, è indispensabile indicare implicitamente o esplicitamente nell'atto di costituzione la persona sulla vita di cui è costituita la rendita e alla sua morte deve estinguersi (*sopra*, n. 685). Or è pur troppo evidente, che se al tempo del contratto la persona indicata più non esista, il contratto manca di uno dei suoi elementi essenziali : non essendovi più una persona durante la cui vita debba pagarsi la rendita, non vi è più *alea*, e quindi il contratto è nullo, e colui il quale somministrò i fondi per lo acquisto della rendita sarà nel dritto di ripeterli, perchè pagati senza causa (1). Ciò sorge dall' art. 1974 (1846).

704. Nè potrà farsi alcun dubbio se le

(1) Pothier (n. 224).

parti, o quella soltanto che ha somministrato il valore, avesse nel tempo del contratto ignorato la morte della persona durante la cui vita dovea pagarsi la rendita: il consenso allora sarebbe inviziato per errore sulla sostanza medesima del contratto. Invano, quando lo errore sia comune alle due parti, invocherebbesi la buona fede per far produrre alla convenzione gli effetti di un contratto putativo. La buona fede, come osserva benissimo Troplong, potrebbe invocarsi se si dovesse stabilire che la intenzione del costituente non era nè dolosa, nè cattiva; ma non potrebbe rendere all'operazione giuridica l'elemento essenziale che vi manca, l'*alea* che è la sua ragion d'essere, la sua condizione necessaria (1). Per questo aspetto, la disposizione dell'art. 1974 (1846) è d'accordo con quella dell'art. 2056 (1928), secondo cui la transazione di una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non aveano notizia, è nulla, poichè la transazione, per sua essenza, deve riguardare un dritto più o meno dubbio.

705. Per l'incontro, la disposizione del nostro articolo non è punto di accordo con quella dell'art. 365 (337) del Codice di commercio, relativa al contratto di assicurazione, che la legge ha pure annoverato tra i contratti aleatori. Secondo quest'ultimo articolo, « qualunque assicurazione fatta dopo la perdita o l'arrivo degli effetti assicurati, è nulla, se vi è presunzione che avanti la stipulazione del contratto l'assicurato potè essere informato della perdita, o l'assicuratore dell'arrivo degli effetti assicurati. » D'onde emerge chiaramente, che ove sia certo che nel tempo della stipulazione del contratto l'assicurato ignorava la perdita o l'assicuratore l'arrivo degli effetti, il contratto sarà valido, sebbene i rischi fossero interamente cessati. In questo caso adunque il contratto è fondato unicamente sulla opinione, sulla buona fede. Però noi non diremo, come Duranton, che siavi tal contraddizione tra l'articolo del Codice Napoleone e quello del Codice di commercio, da non potersi altrimenti spiegare che pel desiderio che ebbero i compilatori del Codice di commercio di non allontanarsi dalle legislazioni commerciali straniere, le quali in generale hanno ammesso nei medesimi casi la validità del contratto di assicurazione (2). Secondo noi, tutto spiegasi naturalmente avuto riguardo al carattere e all'oggetto rispettivo delle due convenzioni. Sebbene per molti aspetti la rendita vitalizia si rassomigli al contratto di assicurazione, pure tra i due contratti havvi una notevole differenza. In quello di rendita vitalizia può dirsi che in certo modo la causa che determina le parti sia la vita della persona. Il creditore della rendita non aliena il capitale che impiega nello acquisto della rendita se non perchè spera di riscuotere le annualità per un tempo determinato: ma se la persona durante la cui vita deve pagarsi la rendita più non esiste, manca la causa della obbligazione, ed il contratto è inviziato nel suo stesso principio. Al contrario, l'assicurazione ha per oggetto di garentire tutti i rischi, d'indennizzare lo assicurato di tutti i sinistri, e a tal rispetto non vi è luogo a distinguere tra quelli futuri e quelli passati, purchè fossero ignorati nel tempo della assicurazione, essendo nello interesse della sicurezza commerciale che gli uni e gli altri siano riparati. Ed ecco perchè il legislatore, senza venire in contraddizione con sè stesso, ha potuto tener conto del rischio putativo nel contratto di assicurazione ed escluderlo da quello di rendita vitalizia (3).

706. Checchenesia, ritornando al nostro art. 1974 (1846), diremo che la sua disposizione è giusta e spiegasi perfettamente nel caso in cui la morte della persona sulla cui vita era costituita la rendita fosse ignorata dalle due parti o anche dal solo acquirente della rendita. In quest'ultimo caso, vi sarebbe un altro motivo, oltre a quello su cui fondasi il nostro articolo,

(1) *Vedi* Troplong (n. 260).
(2) *Vedi* Duranton (n. 145).
(3) *Conf.* Troplong (561).

per annullare il contratto: il costituente il quale, avendo conoscenza della morte, non ne abbia avvertito l'acquirente, commetterebbe un dolo che, ai termini dell' art. 1116 (1070), sarebbe sufficiente per fare annullare la convenzione; avvegnachè sia indubitabile che l'acquirente non avrebbe contrattato, se avesse conosciuto il vero stato delle cose.

707. Ma se l'acquirente abbia avuto conoscenza della morte del terzo sulla cui vita costituiva la rendita vitalizia, il contratto sarà parimente nullo come costituzione di rendita vitalizia, avvegnachè il preteso creditore della rendita non abbia potuto certamente avere in mente di riscuoterne annualità, mentre ha già saputo lo avvenimento della condizione a cui erane subordinato il pagamento. Ma poichè è necessario intendere la convenzione nel senso con cui possa aver qualche effetto, onde non contravvenire all'art. 1157 (1110) del Codice Napoleone, così dovrà supporsi che il disponente abbia voluto fare una liberalità al costituente. Se egli dunque, come prezzo della rendita, abbia dato e consegnato una somma di danaro o cose mobili, la donazione sarà perfetta colla tradizione reale degli effetti: sarà una donazione manuale, la cui validità è universalmente riconosciuta (1). Se ha consegnato un immobile, la disposizione dovrà riguardarsi come una donazione mentita sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, e, dato il caso che fosse impugnata, dovrebbe senza alcun dubbio validarsi, in forza della giurisprudenza che, a ragione secondo noi, ha riconosciuto validi ed efficaci tali contratti: salva sempre l' azione di riduzione in favore degli eredi riservatari, e l'azione di nullità per ragion d'incapacità.

708. Abbiamo finora supposto la rendita vitalizia costituita sulla vita di una persona estranea al contratto, il qual caso ebbero unicamente di mira i compilatori dell'art. 1974 (1846). Però non è impossibile che questa disposizione, dettata in modo generale ed assoluto, sia parimente applicata nel caso di una rendita vitalizia costituita sulla vita del medesimo acquirente. Suppongasi infatti, che un mandatario acquisti una rendita vitalizia sulla vita del suo mandante, consegnando a tal fine la proprietà di quest'ultimo: si stipula il contratto tra il mandatario e colui che costituisce la rendita; ma già prima il mandante era morto *senza* che essi ne avessero conoscenza: se il contratto dovesse seguire la legge *generale* delle obbligazioni (art. 2008 e 2009 (1880 e 1881)), sarebbe valido; però *in questo* caso non potrà produrre alcun effetto, in virtù della regola speciale dell'art. 1974 (1846).

709. Quando la rendita vitalizia *sia costituita* sulla vita di più persone estranee al contratto, una delle quali era già morta nel giorno della convenzione, noi crediamo doversi ancora, in *principio*, applicare l'art. 1974 (1846): l'*acquirente è caduto in un* errore sufficiente *a liberarlo* dalla sua obbligazione. Egli contava percepire la rendita durante la vita di più persone, e a tal fine appunto aveva usato della facoltà accordatagli dall'art. 1972 (1844): venuta meno questa speranza, potrà egli dunque chiedere la nullità del contratto (2). Però bisogna eccettuare il caso in cui la rendita debba successivamente pagarsi a diverse persone. Supponiamo che un marito, stipulando in nome proprio e della moglie da cui abbia ricevuto il mandato, acquisti una rendita vitalizia in cambio di un immobile proprio in metà per uno: quando si stipula il contratto, la moglie era già morta, ma la sua morte ignorata dalle parti: ciò non ostante, il marito in tal caso avrà dritto, durante la sua vita, a farsi pagare la rendita (3).

(1) Marcadè (art. 931 (835).

(2) *Secus* nel caso dell'art. 1975 (1847) (*infra*, n. 721).

(3) Massè e Vergè sopra Zachariae (t. V, p. 27, nota 8).

II. — **710.** Il contratto di rendita vitalizia è nullo, non solo quando manchi assolutamente il carattere aleatorio, proprio della sua essenza, come nel caso dell'art. **1974 (1846)**, ma anche quando il rischio non possa considerarsi serio, come se la persona in favore di cui si costituisce la rendita fosse affetta da tal malattia che renda la sua morte quasi certa, e della quale infatti sia morta in un breve termine: ciò sorge esplicitamente dall'art. **1975 (1847)**. Siccome, per esempio, nel contratto di vendita havvi nullità non solo quando manchi assolutamente il prezzo, ma anche quando questo, per la sua viltà, non possa considerarsi come serio, così pure, nella rendita vitalizia, il legislatore ha creduto dovere invalidare il contratto in un caso in cui il rischio non gli sembrava sufficiente per dare alla rendita il carattere aleatorio che è uno dei suoi elementi, e stabilisce nell'art. **1975 (1847)** una presunzione di nullità. Questa presunzione ha fatto cessare le incertezze e l'arbitrio dell'antica giurisprudenza, secondo la quale il giudice aveva un potere discrezionale per estimare i casi in cui la malattia della persona sulla cui vita era costituita la rendita fosse talmente grave da portare la nullità del contratto (1).

711. L'art. **1975 (1847)** ha subordinato questa presunzione a parecchie condizioni rigorose: bisogna che la persona sulla cui vita è stabilita la rendita sia affetta da malattia nel tempo del contratto, che sia morta della stessa malattia, infine che la morte sia avvenuta entro venti giorni dalla data del contratto.

Ed in prima, la legge suppone che la persona sulla cui vita è costituita la rendita sia affetta da malattia nel tempo del contratto: ecco la base della presunzione stabilita dalla legge. Vuolsi che la persona, durante la cui vita deve pagarsi la rendita, sia già in pericolo per potersi considerare come illusori i rischi che debbono necessariamente esistere nel tempo del contratto. Non importa dunque se la morte avvenga pochi giorni, pochi momenti dopo la conchiusione del contratto, quando sia in conseguenza di un accidente estraneo allo stato di salute della persona indicata nel contratto di costituzione di rendita.

Il legislatore ha inteso certamente parlare di uno stato di salute tale che ispiri seri e fondati timori sulla vita della persona. La vecchiezza, quantunque molto avanzata, non costituisce una malattia nel senso dell'art. **1975 (1847)** (2). Parimente, lo stato di gravidanza della donna sulla cui vita si stabilisce il contratto di rendita costituisce piuttosto uno stato naturale che una malattia; diguisachè la morte della donna sopravvenuta nel termine fissato dalla legge, non porterebbe lo annullamento del contratto, tranne che la gravidanza non fosse già complicata con sintomi tali di malattia che facevano dubitare dell'esistenza della donna, e ne rendevano mortale il parto (3).

712. In secondo luogo, vuolsi che la persona sia morta della medesima malattia di cui era affetta. Se muoia per altra qualsiasi causa nel termine stabilito, vien meno la presunzione; poichè diviene allora impossibile conoscere se la morte sia sopravvenuta nel termine prefisso in conseguenza della malattia esistente nel tempo del contratto.

713. Infine, è necessario che la persona muoia di questa malattia nei *venti giorni* dalla data del contratto. Se dunque la morte succeda dopo i venti giorni, il contratto resterà valido, quand' anche la morte sia avvenuta in conseguenza della medesima malattia di cui era affetta la persona quando fu costituita la rendita (4). Forse è a de-

(1) Pothier (n. 223). Merlin (*Rep.*, alla parola *Rendita vitalizia*, III).

(2) Angers, 19 aprile 1820 (S. V., 21, 2, 112; *Coll. nov.*, 6, 2, 247; Dalloz, 21, 2, 77; J. P., 22, 375).

(3) Ricard (*Donaz.*, parte I^a, nn. 108 e 109).— *Vedi* pure Duranton (n. 148); Taulier (t. VI, p 306); Troplong (n. 274); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 28, nota 10).

(4) Grenoble, 5 fruttidoro anno 12 (S.V., 5, 2 49; *Coll. nov.*, 1, 2, 217; Dalloz, 22, 2, 97).

plorare che il legislatore abbia stabilito un termine così breve; mentre sonvi alcune croniche affezioni, ed anche alcune malattie *recenti*, che durano oltre ai venti giorni, ma la cui fine è necessariamente fatale. Noi non ci spingeremo per questo a dire, come Delvincourt, che i compilatori del Codice avrebbero fatto miglior cosa a prendere per regola l'art. 909 (825), dichiarando in conseguenza nullo l'atto quando la persona in favore di cui sia costituita la rendita era, nel tempo del contratto, affetta dalla malattia per la quale sia morta (1). Così si sarebbe ritornato alle incertezze e all'arbitrio dell'antica giurisprudenza, risuscitando tutte quelle controversie che i compilatori del Codice hanno voluto troncare.

714. Nel fare il calcolo dei venti giorni si applicherà la regola generalmente ammessa, secondo cui il *dies a quo* non deve computarsi nel termine. Adunque, per esser valida la costituzione di rendita, è necessario che la persona sopravviva venti interi giorni dopo la stipulazione del contratto (2).

715. Resta da ultimo la quistione della pruova. Quando un contratto di rendita vitalizia sia impugnato come nullo, in virtù dell'articolo 1975 (1847), a chi incomberà l'obbligo della pruova? Secondo Delvincourt, dovrebbe l'attore per la nullità provare che la persona era malata al tempo del contratto, e che morì entro i venti giorni seguenti; ma fatta questa pruova, la presunzione è che sia morta in conseguenza della malattia di cui era affetta, e allora spetterebbe al debitore provare il contrario (3). Però questa opinione, con cui si scinde la pruova per metterla in metà a carico di ciascuna delle parti, è stata giustamente respinta. Colui il quale domanda contro l'acquirente della rendita il beneficio dell'art. 1975 (1847) è attore, e deve quindi giustificare la sua domanda. Or la presunzione di cui trattasi non esiste se non concorrano diverse circostanze; non potrà dunque dirsi che l'attore giustifichi la sua domanda, ove non provi il concorso di tutte le circostanze volute dalla legge, cioè la riunione di tutti gli elementi che costituiscono la presunzione: senza di ciò la sua pruova sarebbe incompleta, e la domanda dovrebbe quindi rigettarsi (4).

III. — 716. Ciò detto intorno al carattere e alle condizioni della presunzione stabilita dall'art. 1975 (1847), fa mestieri ora determinare i casi in cui si applica questo articolo. Noi già dicemmo, in principio di questo capitolo, che la rendita vitalizia può essere costituita a titolo oneroso o a titolo gratuito, aggiungendo però che le *regole* in esso stabilite sono specialmente applicabili al contratto aleatorio di rendita vitalizia, cioè al contratto a titolo oneroso.

717. Ciò solo basterebbe a mostrare che il nostro articolo non possa applicarsi alla rendita vitalizia costituita a titolo gratuito. Ed invero, nessuno avrebbe mai pensato a muover dubbio sopra un tal punto, se non fosse venuta fuori una decisione della Corte di Montpellier, la quale ha giudicato che la nullità pronunciata dal nostro articolo sia applicabile alla *donazione* fatta con riserva di una rendita vitalizia, del pari che alla costituzione di rendita a titolo oneroso (5). Ma questa decisione, troppo manifestamente contraria ai principi, non potea far giurisprudenza. L'art. 1975 (1847) ha avuto per oggetto di mantenere nel contratto l'eguaglianza dei rischi, e fondasi sulla intenzione presunta dell'acquirente della rendita, il quale non avrebbe certo

(1) Delvincourt (t. III, p. 425, nota 9).
(2) Troplong (n. 276); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 422, nota 12); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t V, p. 27, nota 10). — *Vedi* pure Rouen, 13 dic. 1821 (S.V., 22, 2, 224; *Coll. nov.*, 6, 2, 498).
(3) Delvincourt (t. III, p. 424, nota 8). *Junge*: Parigi, 13 luglio 1808 (S.V., 9, 2, 221; *Coll. nov.*, 2, 2, 414; Dalloz, 22, 2, 97; *Racc. alf.*, t. IX, p. 560).
(4) Duranton (n. 147); Troplong (n. 273). — Bordeaux, 11 febb. 1828 (Dalloz alla parola *Rendita vitalizia*, n. 57).
(5) Montpellier, 28 dic. 1832 (S.V., 33, 2, 315; Dalloz, 34, 2, 36).

alienato il suo capitale se avesse conosciuto lo stato della persona sulla cui vita costituiva la rendita. La sua disposizione deve dunque restringersi nei suoi veri limiti, nè può, senza alterarsene lo intendimento, estendersi ad una operazione a titolo gratuito, che non ha nulla di aleatorio. Così ha giudicato la Corte di cassazione, annullando la decisione della Corte di Montpellier (1).

718. Per medesimezza di ragione, l'art. 1975 (1847) non può applicarsi nel caso, specialmente preveduto dall'articolo 1973 (1845), in cui la rendita sia costituita a vantaggio di un terzo, somministrandosene il prezzo da un altro. Il vero creditore, quello che deve ricevere le annualità, non paga nulla in cambio della rendita, la quale rispetto a lui è a titolo gratuito.

719. Da ciò che abbiam detto risulta adunque non potersi l'art. 1975 (1847) applicare se non quando trattisi di rendita vitalizia costituita a titolo oneroso. Però bisogna distinguere i due casi possibili, quello cioè in cui la rendita sia costituita sulla vita di un terzo che non ha dritto a goderne, e quello in cui sia costituita sulla vita di colui che ne somministra il prezzo (art. 1971 (1843)). Nel primo caso, se le parti o il solo acquirente della rendita abbia ignorato lo stato di salute del terzo durante la cui vita debba quella pagarsi, non è dubbio doversi applicare l'art. 1975 (1847). Il consenso è viziato per errore sulla qualità sostanziale della cosa che i contraenti aveano principalmente di mira (2); il costituente, se ebbe conoscenza della malattia, sarebbe anche colpevole di dolo perchè volea procurarsi un ingiusto beneficio: il contratto dunque sarebbe colpito da un vizio che ne produce necessariamente la nullità.

Se però, in questa medesima ipotesi, il creditore abbia conosciuto lo stato di malattia del terzo sulla cui vita era costituita la rendita, noi non crediamo, checchè ne pensino alcuni scrittori (3), che il contratto debba essere assolutamente inefficace. Se non può valere come convenzione aleatoria e a titolo oneroso, può almeno valere come donazione mascherata, fatta sotto una condizione casuale, cioè la morte della persona entro i venti giorni. Noi non sappiamo vedere, nell'art. 1975 (1847), una disposizione d'ordine pubblico alla quale le parti non possano derogare. Or la convenzione da noi supposta contiene precisamente questa derogazione: il creditore ha consentito tacitamente che l'eguaglianza dei rischi fosse posta da canto; nè vi ha ragione per non rispettare la sua intenzione.

Per ciò stesso, e a più buon dritto, potrà validarsi il contratto, almeno come donazione mascherata, quando le parti abbiano formalmente manifestato la intenzione di derogare alle disposizioni della legge (4).

720. La distinzione fatta nella prima ipotesi potrebbe far credere che l'art. 1975 (1847) non possa applicarsi nella seconda, cioè quando la rendita sia costituita sulla vita del creditore medesimo, di colui che ne somministra il prezzo: poichè, potrebbe allora dirsi, il creditore, il quale deve presumersi aver conosciuto il suo stato, ha voluto che, ove il contratto non producesse effetto come rendita vitalizia, varrebbe almeno come donazione. Nondimeno una tale induzione sarebbe troppo assoluta. E, per esempio, sarebbe del tutto inesatta quando nulla indichi per parte del creditore l'intenzione di fare una liberalità. La donazione non si presume; e lungi dal supporre l'intenzione di donare in un malato il quale, al punto di morte, e quando lo stato della sua malattia era talmente disperato da produrre la morte anche prima dei venti giorni, siasi costituita una rendita vitalizia, bisogna piuttosto credere che, facendosi

(1) Cass., 18 luglio 1836 (S. V., 36, 1, 535; Dalloz, 36, 1, 422).—Troplong (n. 267); Aubry e Rau (t. III, p. 421).

(2) Pothier (n. 223).

(3) Aubry e Rau (t. III, p. 421, nota 8); Massè e Vergè (t. V, p. 27, nota 9).

(4) *Contra*: Aubry e Rau, Massè e Vergè (*loc. cit.*).

illusione sulla gravezza del suo male, abbia alienato il suo capitale nella speranza di riacquistar la salute. Questo caso è ben diverso dal precedente : noi non c'inganniamo, nè abbiamo alcuna ragione d'ingannarci sulla condizione di un malato a cui non siamo legati da alcun vincolo, mentre per un privilegio della natura noi c' illudiamo sempre sull'imminenza del pericolo che ci sovrasta nello stato di malattia, e crediamo volentieri alla vita, e vi ci attacchiamo con tanta maggiore energia , quanto più è vicina a sfuggirci. In questo caso adunque dovrà applicarsi l'art. 1975 (1847), mercè cui potranno prevenirsi quei tentativi colpevoli di spoliazione che troppo spesso assediano il malato al suo letto di morte (1).

Ma se in fatto sia provato, che l'acquirente della rendita abbia avuto conoscenza del pericolo che lo minacciava, che abbia manifestato la intenzione formale di dare effetto al contratto , questo, secondo noi, dovrà essere rispettato, se non come rendita vitalizia, almeno come dono manuale o come donazione mascherata, secondo che il creditore abbia somministrato danaro o un immobile. Infatti, trattasi allora di una donazione fatta sotto la condizione, puramente casuale, della morte nel termine di venti giorni, donazione che non potrà certo riguardarsi come fatta a causa di morte, poichè colui che aliena non ritornerà mai ad avere il suo capitale. Perchè dunque non dovrebbe dirsi valida? Certamente, non vi ha disposizione di legge che tolga a un morente il dritto di fare una donazione tra vivi, o che gli vieti di sacrificare un capitale che gli sarebbe inutile morendo, per procurarsi un'entrata più considerevole se ricuperi la salute. E tanto sembraci sufficiente per difendere la nostra opinione contro la dottrina contraria, che nondimeno è generalmente ammessa (2) *.

Riepilogando adunque, l'art. 1975(1847) si applica esclusivamente, in principio, al contratto di rendita vitalizia a titolo oneroso, colle distinzioni da noi fatte, e non mai agli atti a titolo gratuito. Però non sia inutile aggiungere, che la qualifica di donazione data all' atto costitutivo della rendita, e l'essere un tale *atto stipulato* con tutte le formalità *prescritte per le donazioni* tra vivi, non *sarebbero ragioni* sufficienti per esimerlo *dall'*applicazione dell'art. 1975 (1847), avvegnachè alle volte, non ostante la qualifica e la forma dell' atto, possa non essere abbastanza manifesta la

(1) Duranton (n. 149); Taulier (t. VI, p. 505) ; Mourlon (t. III, p. 408); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 27, nota 10); Troplong (n. 264); Aubry e Rau (t. III, p. 421, nota 8).—Parigi, 9 febb. 1807; Rouen, 25 genn. 1808 (S. V., *Coll. nov.*, 2, 2, 196 e 333; Dalloz, *Racc. alf.*, t. XI , p. 572 ; t. V , p. 674) ; Ric., 19 genn. 1814 (S. V., *Coll. nov.*, 4, 1, 515; Dalloz, *Racc. alf.*, t. XI, p. 571).

(2) Troplong (n. 268) e gli scrittori citati nella precedente nota.

* Ecco quel che dice al proposito Troplong, la cui opinione sembraci invero doversi preferire : « *Fecit quod non potuit*; *et quod potuit*, *non fecit*. Egli poteva fare una donazione o un legato, liberamente, legalmente; e invece preferisce un contratto di rendita vitalizia proibito dalla legge nella condizione in cui si trova. Ma sta dunque in lui formare un contratto senza *alea* ? Forse dipende da lui rovesciare in siffatto modo tutte le condizioni essenziali del contratto di rendita vitalizia, la quale non potrebbe sussistere senza un avvenimento incerto ? Si dirà , che se il contratto non vale come rendita vitalizia , potrà nondimeno valere come donazione ? Ma non si dona senza la volontà ben manifesta di donare. Or dove sono in tal caso le prove indubitabili di questa volontà ferma e riflettuta ? Si andranno forse a rintracciare nel capriccio bizzarro di un morente (*aegri somnia*), il quale, all'ultima sua ora, si ostina a creare sopra sè stesso una rendita vitalizia ? Non è verosimile avere egli scelto la rendita vitalizia piuttosto che la donazione, perchè sentiva in fondo al cuore una segreta speranza di vivere, e che quindi intendeva preferirsi a colui col quale ha trattato ? E per altro , non si può anche credere che abbia conservato questa falsa speranza per procurarsi, mediante la rendita vitalizia, più motivi di consolazione nella sua malattia, il che non poteva ottenere mediante la donazione ? La volontà di dare non può dunque ammettersi perchè troppo problematica. Essa sarebbe fondata unicamente sulla conoscenza che il malato abbia potuto avere del suo stato, senza pòr mente che questa conoscenza non esclude la speranza di risanare e di vivere ancora, speranza che sussiste fino all' ultimo istante nel cuore dell'uomo. Il più sicuro sarà sempre di attenersi alla saggia proibizione della legge. »

intenzione del creditore della rendita di voler fare una liberalità (1).

721. Resta un'ultima ipotesi, quella in cui la rendita vitalizia sia costituita sulla vita di più persone, o estranee al contratto o col dritto di goderne successivamente o congiuntamente. In questo caso, se uno dei creditori della rendita muoja entro venti giorni della malattia di cui era affetto nel tempo del contratto, non potrà applicarsi l'art. 1975 (1847), ed il contratto resterà valido, per la semplicissima ragione che la sopravvivenza delle altre persone vi lascia il carattere aleatorio che è proprio della sua essenza. Nè ciò viene in contraddizione con quanto sopra dicemmo (n. 709): l'art. 1974 (1846) contiene un'applicazione della regola generale secondo cui lo errore sulla sostanza medesima produce la nullità della convenzione, e la sua disposizione quindi deve applicarsi in tutti i casi in cui il consenso del creditore della rendita sia inviziato per errore sostanziale; per l'opposto, l'art. 1975 (1847) stabilisce una presunzione rigorosa, una derogazione al dritto comune, la quale non deve estendersi oltre ai suoi termini precisi (2). Ciò posto, l'art. 1975 (1847) sarebbe unicamente applicabile nella nostra ipotesi, se morissero entro venti giorni dalla data del contratto tutte le persone sulla cui vita è stata costituita la rendita. È troppo esagerata la opinione di coloro che pretendono non doversi nemmeno in tal caso applicare l'articolo (3).

IV. — 722. Darem termine al commentario del nostro articolo, ritornando sopra alcuni punti riservati a proposito dell'art. 1968 (1840) (*sopra*, n. 580). Dicemmo che la rendita vitalizia costituita a titolo oneroso può essere provata con un semplice atto privato, il quale, per opporsi ai terzi, dovrà avere acquistato data certa in uno dei modi indicati nell'art. 1328 (1282). Nel caso del nostro articolo sorgono delle difficoltà affatto speciali, a causa della grande facilità con cui le parti possono eluderne le disposizioni, facendo con un'antidata risalire l'atto costitutivo della rendita vitalizia prima dei venti giorni dalla legge stabiliti. Non potendo la quistione della validità muoversi se non dopo la morte di colui che ha alienato il suo capitale mediante una rendita vitalizia, gli eredi hanno quasi sempre interesse di negare la sincerità della data. Ma non potrebbesi opporre loro l'art. 1322 (1276), secondo cui la scrittura privata ha la stessa fede dell'atto autentico tra quelli che l'hanno sottoscritta e fra' loro eredi o aventi causa? Potranno gli eredi, non ostante questa disposizione, e onde ricuperare il capitale alienato dal loro autore, provare che la rendita sia stata creata sulla sua vita nei venti giorni che precedettero la sua morte? A tal rispetto bisogna determinare varie ipotesi.

723. Se la rendita vitalizia sia stata costituita per mezzo di una somma di danaro immediatamente pagata, e se l'atto prodotto consista in un semplice biglietto unilaterale senza data certa anteriore alla morte del creditore, contenente la firma del solo costituente, in tal caso non potrebbe nemmeno opporsi l'art. 1322 (1276), e gli eredi avrebbero dritto a ripetere il capitale alienato dal loro autore contro il debitore rimasto in possesso del biglietto. Invano costui domanderebbe di provare che la costituzione della rendita risalga ad una data anteriore di più di venti giorni alla morte del creditore della rendita. Questa pruova non potrebbe essere ammessa, poichè le persone a cui l'atto si oppone sono dei terzi nel vero senso dell'art. 1328 (1282); infatti, nella

(1) Ric., 10 luglio 1855 (S.V., 56, 1, 262; Dalloz, 56, 1, 175; *J.Pal.*, 1855, t. II, p. 588).

(2) Duranton (n. 150); Troplong (n. 275); Aubry e Rau (t. III, pag. 421, nota 8); Massè e Vergè (t.V, p. 27, nota 10); Taulier (t.VI, p. 507); Mourlon (t. III, p. 408).—Cass., 22 febb. 1820 (S. V., 20, 1, 182; *Coll. nov.*, 6, 1, 186; Dalloz, 20, 1, 129); Grenoble, 21 giugno 1822 (S.V., *Coll. nov.*, 7, 2, 88; Dalloz, *Racc. alf.*, t. XI, p. 572); Bordeaux, 10 febb. 1857 (S.V., 57, 2, 344; Dalloz, 58, 2, 7; J. P., 1858, p. 506); Lyon, 1° luglio 1838 (S.V., 59. 2, 163; Dalloz, 59, 2, 27; J. Pal., 1859, p. 748).

(3) *Vedi* Dalloz (alla parola *Rendita vitalizia*, n. 9). Ma *vedi* Aubry e Rau (*loc. cit.*).

ipotesi proposta, gli eredi non agiscono come rappresentanti del loro autore, il quale non avea firmato l'atto nè lo aveva in possesso, ma in loro nome, esercitando diritti loro personali (1).

724. Se l'atto costitutivo della rendita vitalizia sia stato firmato dalle due parti, l'art. 1322 (1276) potrebbe, *in principio*, opporsi agli eredi del creditore della rendita. Nondimeno si è sostenuto, da una mano, che, anche in questo caso, gli eredi debbono considerarsi come terzi nel senso dell'art. 1328 (1282), e che quindi l'atto privato costitutivo di una rendita vitalizia, non registrato, non avrà rispetto a loro data certa se non dal giorno della morte del loro autore, sulla cui vita era costituita la rendita (2). D'altra mano, senza spingersi così oltre, Delvincourt sostiene che l'atto senza data certa deve presumersi fatto nei venti giorni, salvo la pruova in contrario, che dovrebbe farsi dal costituente (3). Ma noi non possiamo ammettere alcuna di queste due soluzioni, perchè ugualmente contrarie al pensiero dell'art. 1322 (1276).

Si badi però: non perchè in tal caso devesi, in principio, applicare l'art. 1322 (1276), è a credere che gli eredi del creditore della rendita siano nella impossibilità assoluta di esercitare l'azione loro accordata dallo articolo 1975 (1847), e che non possano provare la vera data dell'atto di costituzione di rendita, e farlo soggiacere alla nullità pronunciata da quest'ultimo articolo. D'onde segue che, sebbene la data apparente dell'atto stia in favore del costituente in forza dell'art. 1322 (1276), dovranno però gli eredi del creditore, in forza dell'art. 1975 (1847), essere ammessi a provare, con tutti i mezzi di pruova, anche con quella testimoniale, che l'atto porta una data non vera. Nè potrebbe il costituente dire, per evitare la pruova, che gli eredi siano senza interesse, poichè, anche provata l'antidata, l'atto reggerebbe sempre, se non come costituzione di rendita a titolo oneroso, almeno come donazione. Infatti, la *sola* antidata non basterebbe per provare che l'alienante avea l'intenzione di donare, nel caso in cui fosse morto *entro venti giorni* dal contratto (4). La pruova dunque dovrà essere ammessa; nel qual modo unicamente possonsi conciliare le disposizioni degli art. 1322 e 1975 (1276 e 1847) (5).

1976 (1848). — La rendita vitalizia può costituirsi alla ragione che piacerà alle parti di stabilire.

SOMMARIO.

I. 725. *Origine e motivo dell'art. 1976 (1848).* — *726. La promulgazione della legge sulla ragione dell'interesse (3 settembre 1807) gli ha dato un significato che non avea al tempo della sua compilazione.* — *727. La ragione delle annualità della rendita varia secondo moltissime circostanze.* — *728. Nondimeno la libertà a tal rispetto lasciata alle parti, non deve servire a mascherare convenzioni usurarie.*

II. 729. *Conseguenze della libertà lasciata alle parti.* — *730. Ma la ragionata della rendita deve almeno esser tale*

(1) Colmar, 20 dic. 1830 (S.V., 31, 2, 183; Dalloz, 31, 2, 115).

(2) Il tribunale di Troyes ha giudicato in questo senso con sentenza dei 6 febb. 1838, annullata con decisione dei 3 apr. 1842 (*vedi* le note seguenti).

(3) Delvincourt (t. III, p. 424, nota 9).

(4) Ric., 15 luglio 1824 (S. V., 25, 1, 46; *Coll. nov.*, 7, 1, 497; Dalloz, 24, 1, 371).

(5) Duranton (n. 151); Taulier (t. VI, p. 506); Troplong (nn. 277 e seg.); Aubry e Rau, secondo Zachariae (t. III, p. 422, nota 13); Massè e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 27, nota 10).—Ric., 19 genn. 1814 (S. V., 20, 1, 479; *Coll. nov.*, 4, 1, 515; Dalloz, 14, 1, 233); Cass., 5 aprile 1842 (Dalloz, 42, 1, 199; S. V., 42, 1, 300); Bordeaux, 16 agosto 1852 (Dalloz, 56, 2, 19).

*da lasciare al contratto il suo carattere aleatorio. — 731. Quando in realtà non esiste l'*alea*, havvi presunzione di liberalità se la rendita sia acquistata mediante l'alienazione di una somma di danaro. — 732.* Quid *se sia stata costituita mediante l'alienazione di un immobile? Il nostro articolo non esclude in modo assoluto l'azione di rescissione per causa di lesione. Giurisprudenza relativa alle vendite d'immobili a fondo perduto.*

I.—725. Poichè il contratto di rendita vitalizia a titolo oneroso è essenzialmente aleatorio, riesce impossibile valutare esattamente le eventualità di guadagno o di perdita a carico del costituente. La legge dunque dovea lasciar libere le parti per determinare le annualità, non potendo, come nella rendita perpetua, fissare un massimo al di là del quale sarebbe usuraria la stipulazione. Per altro, a dir vero, le annualità non sono un interesse del danaro pagato dal creditore della rendita, ma piuttosto il prezzo del rischio da lui corso di riscuoterle per un brevissimo tempo; e poichè un tal rischio non si può valutare, era necessario lasciare assolutamente liberi i contraenti di determinare questo prezzo. In conseguenza l'art. 1976 (1848) ha disposto, che la rendita vitalizia può costituirsi alla ragione che piacerà alle parti di stabilire.

726. La disposizione di questo articolo era quasi inesplicabile al tempo in cui pubblicossi il Codice; perciocchè, avendo l'art. 1907 (1779) lasciato una libertà quasi piena di determinare lo interesse convenzionale (*sopra*, nn. 260 e seg.), non poteasi molto ben comprendere lo intendimento del nostro articolo, il quale al postutto non facea che consacrare la medesima libertà. Ma i compilatori del Codice aveano così intimo convincimento che sarebbe necessaria, nè tarderebbe ad esser pubblicata una legge restrittiva dell'interesse, che in parecchi articoli lasciaron prevedere lo avvenimento di una tal legge, riferendovisi per il tempo in cui esisterebbe. Il nostro art. 1976 (1848) è precisamente in tal caso, ed oramai, dopo la pubblicazione della legge dei 3 settembre 1807, ha acquistato un significato preciso, quello cioè di una derogazione alla regola del massimo con essa legge stabilito. Adunque, dopo questa legge, per quanto elevata sia la ragione della rendita vitalizia costituita mediante l'alienazione di una somma di danaro, il debitore non potrà allegare lo eccesso delle annualità, e chiederne la riduzione come usurarie.

727. La ragione della rendita può dunque variare all'infinito, secondo l'età, la salute e il genere di vita della persona sulla cui vita sia costituita. Le parti valuteranno tutte queste eventualità, tutte le probabilità di vita o di morte, mettendo anche a calcolo, in certo modo, i casi fortuiti che possono protrarre o abbreviare il corso della vita. Queste probabilità sono state da lungo tempo fissate sopra regole generali, tanto che oramai si conosce, per mezzo delle così dette tavole di mortalità (fatte o sopra documenti privati, o sopra le statistiche officiali pubblicate dai governi), la durata media della vita nelle differenti classi della società. La prima tavola redatta in Francia rimonta all'anno 1745 (tavola di Deparcieux); una seconda fu fatta nel 1786 (tavola di Duvillard); e su queste furono nel 1834 composte le tavole di proporzione da Filippo Pellis, le quali possono utilmente consultarsi. Ma sono sempre dati generali e problematici, che possono variare secondo le circostanze e la condizione in cui trovinsi le parti.

728. Ma non perchè le parti sono lasciate libere nel determinare la ragione della rendita, devesene inferire che qualunque convenzione qualificata rendita vitalizia sfugga alle disposizioni restrittive della legge del 1807: l'art 1976 (1848) riguarda unicamente i veri contratti di rendita vitalizia. Non è lecito adunque alle parti valersi della sua disposizione per mascherare convenzioni usurarie sotto l'apparenza di una costituzione di rendita vitalizia: i tribunali in tal caso dovrebbero smascherare la frode, e ridurre le annualità stipulate alla ragione fissata dalla legge per l'interesse del danaro.

La giurisprudenza è ferma intorno a questo punto (1). — Pothier dice anche nel medesimo senso che, ove il debitore si obblighi, alla morte della persona in favore di cui è costituita la rendita, restituire agli eredi una determinata parte della somma ricevuta, e la parte di capitale che a lui rimane non sia sufficiente per considerarsi come il prezzo della rendita vitalizia, il contratto potrà essere dichiarato nullo ed usurario, riguardandosi come un mutuo ad interesse mascherato, e tutte le annualità pagate dovranno imputarsi sulla sorte (2). Oggi però che il mutuo ad interesse non è più vietato, dovrebbe solo imputarsi sulla sorte quella parte delle annualità che eccedesse la misura fissata dalla legge del 1807: nel resto il contratto dovrebbe essere rispettato (3).

II. — 729. Esaminiamo ora le conseguenze che derivano dal principio stabilito nell'art. 1976 (1848). Esse sono principalmente indicate nell'art. 1979 (1851) (*infra*, nn. 767 e seg.). Per quanto onerosa possa divenire la prestazione della rendita, il costituente non avrà mai dritto a dolersi: se pure la somma delle annualità pagate e da pagare oltrepassi d'assai il capitale alienato dal creditore, il costituente dovrà nondimeno stare al contratto ed eseguirlo. Egli si è volontariamente esposto al rischio di pagare molte annualità, ma poteva anche pagarne pochissime. Fu questa la condizione del contratto: il quale dunque dovrà pienamente eseguirsi, essendovi stata sin da principio eguaglianza di rischi pel creditore e pel debitore.

Per l'incontro, non potrà il creditore della rendita domandare alcun aumento, quando, a causa di infermità sopravvenutegli dopo la costituzione della rendita, si riconosca che la ragione convenuta avrebbe potuto essere più elevata. Stabilito il prezzo per l'alienazione di un capitale, il cui ordinario interesse non gli è sembrato rendergli un' entrata sufficiente, egli non può per fatti ulteriori esimersi dalla legge che volontariamente si è imposta.

In conseguenza di ciò la giurisprudenza ha stabilito, che le vendite d'immobili col peso di una rendita vitalizia non sono soggette all'azione di rescissione per lesione di oltre a sette dodicesimi, purchè l'acquirente corra effettivamente il rischio di pagare *più o meno del valore della cosa venduta*, avuto riguardo alla ragione della rendita e alla età della persona sulla cui vita è costituita. Infatti non è più possibile vedere se nel tempo della vendita siavi stata lesione, mentre questa deve dipendere da un avvenimento futuro ed incerto (4).

730. Però sorge qualche dubbio nello applicare tal conseguenza alle convenzioni in cui, non essendovi uguaglianza *di rischi* per le due parti, manchi il vero carattere aleatorio proprio della essenza del contratto. Così, poniamo che il creditore, alienando un capitale di 20,000 fr., *o un immobile* che produce una *rendita media di* 1,000 fr., stipuli *sulla sua vita* una rendita di 1,000 *franchi*, o una rendita di 1,200 franchi sulla vita di un vecchio a novant'anni; gli è manifesto che in ambedue le ipotesi manca l'*alea*, poichè pel debitore della rendita vi è probabilità di guadagno, ma non mai di perdita. Infatti, nella prima, quand' anche il creditore vivesse oltre l'ordinario, il debitore non perderebbe mai nulla, poichè i 1,000 franchi che paga ogni anno rappresentano nè più nè meno gli interessi annuali del capitale da lui ricevuto. Nella seconda, sebbene la ragione della rendita sia alquanto superiore all'interesse o al frutto del capitale, pure lo eccesso dei 200 franchi annuali è così poca cosa da non potersi seriamente dire che il debitore corra rischio di perdere: infatti, ponete che questo vecchio a novant'anni viva ancora altri vent'anni, il debi-

(1) Rig., 31 dic. 1833; Ric., 26 giugno 1845 (S. V., 34, 1, 101; 45, 1, 834; Dalloz 34, 1, 140; 45, 1, 360; J.P., 1848, t. I, p. 682).
(2) Pothier (n. 245).
(3) Duranton (n. 153).
(4) *Vedi*, intorno a questo punto, Marcadè (t. II, p. 2ª, art. 1674 (1520), n. II).

tore della rendita non avrà alla fin fine pagato che soli fr. 4,000 oltre agli interessi, per acquistare il capitale o l'immobile di 20,000 franchi.— Come dunque e in qual modo dovrà in tal caso prendersi come regola la] nostra conseguenza? Sul proposito bisogna fare una distinzione.

731. Se la rendita sia stata acquistata per mezzo dell'alienazione di una somma di danaro, nel qual caso il contratto partecipa della natura della rendita perpetua, dovrà ritenersi che il creditore della rendita abbia avuto la intenzione di donare al costituente la somma pagatagli, riservandosi il godimento nel tempo stabilito per la durata della rendita (1). L'atto adunque dovrà come tale rispettarsi; nè potrebbe domandarsene la nullità sotto pretesto che, contenendo una donazione, debba essere rivestito delle forme solenni degli art. 931 (855 e seg.). La donazione di una somma determinata è perfetta per sè stessa, senza bisogno di alcuna formalità; ma compiesi colla tradizione della somma, e si consuma dal momento in cui è stato contato il danaro: è insomma un dono manuale. L'atto stipulato, nella specie, non contiene già la donazione, ma l'obbligo imposto al donatario di pagare l'interesse al donante (2). Però va inteso che in tal caso, trattandosi di una liberalità, vi si dovranno applicare le regole sulla riduzione, nullità e revoca.

732. Se invece la rendita vitalizia sia stata costituita mediante l'alienazione di un immobile, la cosa non è più così semplice. E in prima, può ben darsi, come nel caso precedente, che il venditore abbia voluto fare una liberalità all'acquirente, manifestandone liberamente la intenzione in modo implicito o esplicito: in tal caso la liberalità, e la rendita vitalizia che ne è un peso, sarebbero protette dalla giurisprudenza che a buon dritto dichiara valide le donazioni mascherate sotto la forma di un contratto a titolo oneroso. In questo senso è stato giudicato, doversi conservare un atto di alienazione mediante una rendita vitalizia, quando sorga dalle circostanze che il venditore abbia inteso gratificare lo acquirente della parte dei beni che ecceda i carichi impostigli, quand'anche si alleghi la rendita stipulata essere inferiore al reddito dei medesimi beni (3).

Ma se in fatto non esista questa intenzione di donare, se le parti abbiano voluto semplicemente fare un atto a titolo oneroso, allora sorge la quistione se debbasi annullare la vendita per mancanza di prezzo o rescindere per lesione di oltre a sette dodicesimi. Siffatta quistione, assai controversa dagli scrittori e dalla giurisprudenza, non rientra nel nostro subbietto. Ci restringiamo dunque, riferendoci del resto ai sviluppi datine da Marcadè, a dire con lui e con Troplong, che la giurisprudenza, pronunciandosi generalmente per la nullità della vendita, si allontana dai principî, mentre la rescissione sarebbe la sola via aperta quando vi ha lesione nel modo e nelle condizioni determinate dalla legge (4).

(1) Pothier (n. 219).
(2) Pothier (n. 220); Duranton (n. 153).
(3) Douai, 28 luglio 1846 (Dalloz, alla parola *Rendita vitalizia*, n. 75).
(4) Marcadè (art. 1592 (1437), n. III; art. 1674 (1520), n. II; *Rivista critica*, t. I, p. 24); Troplong (*Vendita*, nn. 150 e 791).

SEZIONE II.

DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO VITALIZIO FRA LE PARTI CONTRAENTI.

SOMMARIO.

733. Sguardo generale e divisione.

733. Questa sezione, come viene indicato dal suo stesso titolo, ha principalmente per oggetto di determinare le obbligazioni e i dritti di ciascuna delle parti nel contratto di rendita vitalizia.

Gli art. 1977 a 1979 (1849 a 1851) mettono a carico del debitore due obbligazioni, cioè 1° di somministrare al creditore le cautele promesse nel contratto; 2° di pagare le annualità nei termini stabiliti e per tutto il tempo in cui dura la rendita. Per la esecuzione di questi due obblighi è dettata una speciale sanzione.

L'art. 1980 (1852) determina in qual proporzione si acquisti la rendita dal creditore, e l' art. 1983 (1855) stabilisce il modo come debba far valere il suo dritto alle annualità.

L'art. 1982 (1854) si riferisce alla estinzione della rendita, senza però enumerare le diverse cause per cui si estingue.

Infine, l'art. 1981 (1853), che per sè stesso non ha punto relazione coll'oggetto di questa sezione, e che più naturalmente avrebbe dovuto collocarsi nella prima, indica una importante differenza tra la rendita vitalizia costituita a titolo oneroso e quella costituita a titolo gratuito.

Ecco in breve i varî punti trattati in questa sezione, dei quali ora ci verremo particolarmente occupando.

1977 (1849). — Quegli a vantaggio del quale fu costituita una rendita vitalizia, mediante un prezzo, può chiedere lo scioglimento del contratto, se il costituente non gli somministri le cautele stipulate per la esecuzione.

SOMMARIO.

I. 734. L'art. 1977 (1849) contiene un'applicazione dell'art. 1184 (1137) — 735. Esempî. — 736. Il rifiuto del debitore deve dipendere dal fatto suo. — 737. Bisogna anche comprendervi il caso in cui il debitore per fatto suo diminuisca le cautele. — 738. Continuazione. — 739, 740. Esempî.

II. 741. La domanda per la risoluzione diventa inammessibile se il debitore ristabilisca le cautele o ne somministri altre. — 742. Dicasi lo stesso se muore la persona sulla cui vita era costituita la rendita.—743. Quand'anche la morte sopravvenga dopo spinta la domanda per lo scioglimento e prima della sentenza. — 744. Salvo però l'obbligo del debitore di pagare le spese fatte per la domanda proposta dal creditore.

III. 745. Effetti della risoluzione pronunciata : il debitore deve restituire l'intero capitale ricevuto. — 746. Nondimeno il creditore tratterà tutte le annualità ricevute sino al pagamento diffinitivo. — 747. Continuazione. — 748. L'art. 1977 (1849) applicasi solamente alla rendita costituita a titolo oneroso.

I. — 734. La prima obbligazione che incombe al debitore della rendita è di som-

ministrare al creditore le cautele stipulate per la esecuzione del contratto: mancando a tale obbligo, potrà contro di lui chiedersi lo scioglimento. È questa un' applicazione del principio generale, consacrato nell'art. 1184 (1137), secondo il quale la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, o più esattamente in tutti i contratti a titolo oneroso, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Infatti, nel contratto di rendita vitalizia, siccome nella rendita costituita in perpetuo (art. 1912 (1784 M); *sopra*, n. 357), ed anche nel mutuo ad interesse, il creditore che ha richiesto delle cautele particolari, non consegna il suo capitale se non sotto la condizione di ottenere le cautele che ha stipulato: è questa una delle condizioni necessarie del contratto. Se dunque non gli vengano somministrate le guarentigie, egli è in dritto di riprendere la cosa sua. Con ciò non si deroga punto alla regola, speciale al contratto di rendita vitalizia, secondo cui l'alienante non può mai riacquistare il suo capitale, ma si applicano puramente e semplicemente i principî generali. Si avverta per altro che questo dritto si ha non solo quando il contratto sia sinallagmatico, ma anche quando sia unilaterale a titolo oneroso, poichè l'art. 1977 (1849) non fa alcuna distinzione. E pure sembra che Troplong (1) faccia derivare il dritto di risoluzione dal carattere sinallagmatico del contratto, mentre evidentemente dipende dal suo carattere oneroso: sarebbe stata dunque più esatta la formula dell' art. 1184 (1137), se avesse detto che la condizione risolutiva è sempre sottintesa *nei contratti a titolo oneroso*.

735. Ma in quali casi deve applicarsi la regola di cui si parla? A tal rispetto, possiamo citare con Pothier (2), a titolo di esempio, il caso in cui il debitore si neghi a dare la cauzione ch' erasi obbligato di somministrare; quello in cui non impieghi, come avea promesso, la somma ricevuta come prezzo della costituzione per pagare lo acquisto di un fondo, o qualche antico creditore, e così surrogare l'acquirente della rendita nei dritti ed ipoteche del venditore o dell' antico creditore, ec. Ma ad ogni modo, per decidere se il costituente abbia mancato di somministrare le cautele promesse, dovrà sempre aversi ricorso alle circostanze e ai termini del contratto. Quindi è stato giustamente deciso, non potersi considerare come inadempiente all' obbligo di somministrare le cautele stipulate lo aggiudicatario di un immobile venduto mediante una rendita vitalizia, per ciò solo che non abbia fatto trascrivere il suo contratto nel termine fissato nel quaderno delle condizioni, nè potersi in tal caso ammettere l'azione del venditore il quale pretenda che la trascrizione gli sarebbe servita d' iscrizione, per conservare il suo privilegio (3). E, per l'incontro, è stato anche giustamente deciso, potersi chiedere la risoluzione se i beni ipotecati dal debitore, e formalmente dichiarati nell'atto liberi e franchi da qualunque debito o ipoteca, siano realmente gravati da ipoteche che il debitore abbia lasciato sussistere (4).

736. Del resto, lo scioglimento stabilito come sanzione in favore del creditore non deve pronunziarsi se non quando le cautele stipulate manchino a quest'ultimo per volontà o per un fatto personale del debitore, per esempio, se egli medesimo abbia distrutto il mobile che dovea dare in pegno al creditore.

Ma sarà ben altrimenti se la cosa sia perita per caso fortuito, se per esempio lo immobile su cui è stata data ipoteca scemi di valore o si deteriori per forza maggiore; in tal caso il debitore dovrà essere ammesso a dare in garenzia un'altra cosa mo-

(1) Troplong (n. 289).
(2) Pothier (n. 228).
(3) Orléans, 6 febb. 1835 (S.V., 37, 2, 75; Dalloz, 37, 2, 120); Ric., 13 giugno 1837 (S.V., 38, 1, 43; Dalloz, 37, 1, 436).
(4) Bruxelles, 5 genn. 1826 (S. V., *Coll. nov.*, 8, 2, 173).

bile o immobile, che offra le medesime cautele della prima: nè potrebbe il debitore rifiutare l' offerta ed insistere per lo scioglimento, poichè egli non ha contrattato per aversi in garenzia il tale o tal altro oggetto (1). Lo stesso, secondo noi, dovrebbe dirsi in principio, nel caso in cui muoja o divenga insolvibile il fideiussore promesso nel contratto, ed il debitore ne offra un altro della stessa solvibilità. A ciò potrebbesi unicamente fare eccezione, se risultasse dalle circostanze o dai termini della convenzione che il creditore abbia voluto per fideiussore quella tale determinata persona (art. 2020 (1892)); però, secondo noi, questa intenzione deve risultare dalle circostanze, e non presumersi, come crede Duranton (2).

D' altro lato, se le cautele stipulate e somministrate siano state insufficienti sin da principio, senza alcun fatto posteriore del debitore, allora non potrebbe ammettersi una domanda di scioglimento, quand'anche il debitore fosse nella impossibilità di pagare le annualità della rendita. In tal caso il creditore non avrebbe nemmeno dritto a chiedere altre cautele, ma deve accagionar sè stesso di non avere a tempo richiesto maggiori o più sicure garenzie (3). Per altro questa soluzione è confermata dall'art. 1978 (1850), il quale, in caso di non pagamento, nega al creditore il dritto di fare risolvere il contratto (*infra*, nn. 749 e seg.). Sotto questo aspetto, bisogna considerare come erronee le decisioni da cui risulta, che il venditore di un immobile, il quale abbia imposto allo acquirente l'obbligo di alimentarlo durante la sua vita, possa chiedere lo scioglimento se quest' ultimo cada nella impossibilità di adempire ai suoi impegni (4), e che un fitto mediante una rendita vitalizia possa essere risoluto, ove risulti da un verbale di carenza e da iscrizioni prese da terzi per somme eccedenti il valore degl' immobili del debitore, che quest'ultimo sia nella impossibilità di pagare la rendita (5).

737. L'art. 1977 (1849), siccome l'art. 1912 (1784 M) relativo alla rendita costituita in perpetuo, applica la sua sanzione nel caso in cui il debitore tralasci di somministrare le cautele stipulate *. *Nondimeno* bisogna a questo caso assimilare quello in cui il debitore, dopo avere effettivamente date le garenzie promesse, *le diminuisca* per fatto suo: in ambedue *le ipotesi* devesi per medesimezza *di ragione risolvere* il contratto, poichè *il creditore* contando sulle cautele stipulate, ha dovuto egualmente contare che non gli verrebbero tolte, o che almeno non sarebbero diminuite per fatto del debitore. Mancando dunque questa condizione implicita del contratto, il creditore ha il dritto di ritirare la sua pro-

(1) Bruxelles, 21 aprile 1810 (S.V., *Coll. nov.*, 3, 2, 259; Dalloz, 11. 2, 26).
(2) Duranton (n. 163).
(3) Aubry e Rau (t. III, p. 424, nota 4).—Pau, 5 febb. 1823 (Dalloz, 24, 2, 102; S.V., *Coll. nov.*, 7, 2, 169); Douai, 25 nov. 1833 (S.V., 34, 2, 238; Dalloz, 34, 2, 183).
(4) Rennes, 23 nov. 1820 (S. V., *Coll. nov.*, 6, 2, 325).
(5) Rennes, 2 giugno 1815 (S.V., *Coll. nov.*, 5, 2, 48).

* L'art. 1784 delle nostre *leggi civili*, a differenza del corrispondente art. 1912 francese, come sopra notammo (pag. 133), comprende espressamente tra le cause di scioglimento della rendita perpetua il caso in cui il debitore *per fatto suo diminuisca le cautele che avea date col contratto al suo creditore.*
L'art. 1849, parlando della rendita vitalizia, non ha ripetuto la medesima disposizione: ma da questa omissione non si può per niun modo inferire che, nel caso di rendita vitalizia, non possa il creditore chiedere lo scioglimento quando il costituente diminuisca le cautele date col contratto. Il legislatore avrebbe potuto non indicar nemmeno questo caso nell'art. 1784; tacendone nell'art. 1849, ha lasciato di ripetere una disposizione superflua, avvegnachè, oltre ad essere la diminuzione delle cautele espressamente indicata come una delle cause generali per cui le obbligazioni a termine si risolvono (art. 1141), sia anche implicitamente compresa nel caso preveduto della mancanza di dare le cautele promesse: infatti, in ambidue i casi, identica è la ragione di dritto, e quindi identica deve esserne l'applicazione.

messa (*conf.* art. 1178 e 1188 (1131 e 1141)): questo punto è oramai consacrato dalla giurisprudenza e dagli scrittori (1).

738. Però bisogna che la diminuzione o lo scadimento delle cautele sia avvenuto per fatto del debitore; poichè se fosse conseguenza di un caso fortuito o d'una forza maggiore, non potrebbe produrre lo scioglimento. Invano si invocherebbe la disposizione dell'art. 2131 (2017): un decadimento come quello del nostro articolo, assai più grave del semplice decadimento di un termine, non può estendersi per analogia (2). Il creditore, in questo caso, non avrebbe nemmeno dritto a chiedere altre garenzie, poichè così si aggiungerebbe al contratto senza il consentimento di una delle parti (3).

739. È quistione di fatto, da decidersi secondo le circostanze, determinare in quali casi siano le cautele diminuite per fatto del debitore, tanto da potersi chiedere lo scioglimento. Nondimeno non dovranno i giudici mostrarsi troppo facili, anpoichè lo scioglimento di un contratto è sempre un fatto assai grave, che non deve pronunziarsi se non per motivi abbastanza manifesti. Così, e in principio, non deve per sè sola considerarsi come diminuzione delle garenzie stipulate la vendita dello immobile ipotecato per sicurezza della rendita, tanto più se il compratore si obblighi al pagamento della rendita; poichè, in questo caso, il creditore della rendita conserva la sua garenzia reale, non potendosi temere che l'acquirente renda libero lo immobile dalla ipoteca. Ma se pure non fosse imposto al nuovo proprietario l'obbligo di pagare, non potrebbesi neanco ammettere in modo assoluto, come ha fatto la Corte di Riom (4), che il semplice fatto della vendita dia luogo alla applicazione dell'art. 1977 (1849). Infatti, non ostante la liberazione che può farsi, il creditore della rendita non soffrirà alcun danno, purchè sia cauto, potendo, in forza dell'art. 1978 (1850) (*infra*, n. 759), domandare per sua garenzia che sul prodotto della vendita si faccia l'impiego d'una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità.

Ma quando al fatto della vendita si aggiungano altre circostanze tali da diminuire le cautele del creditore, potrà allora esercitarsi l'azione risolutiva. Così, se il prezzo dovuto dall'acquirente non sia sufficiente per assicurare il pagamento della rendita, dovrà ammettersi l'azione per lo scioglimento (5). Lo stesso dicasi quando il debitore venda in parte l'immobile o gli immobili ipotecati, se gli acquirenti vogliano adempire le formalità della liberazione, e se la parte venduta sia insufficiente per assicurare il pagamento della rendita. Allora infatti il creditore sarebbe esposto a ricevere il pagamento parziale delle sue annualità, alla qual cosa non potrebbe essere obbligato.

Arroge inoltre, come circostanza aggravante dell'alienazione dello immobile, il fatto che il creditore abbia lasciato perimere la sua iscrizione ipotecaria prima della vendita, il che rende l'acquirente sicuro da qualunque azione ipotecaria. Invero, in tal caso, il creditore ha una colpa da rimproverarsi; ma nompertanto egli non avrebbe perduto il dritto contro il suo debitore, potendo sempre prendere una novella iscrizione finchè lo immobile fosse nelle sue mani; costui adunque dovrà sentirne le conseguenze, perciocchè, vendendo l'immobile senza dare al compratore l'obbligo di pagare la rendita, ha per suo fatto diminuito, anzi tolta ogni garenzia al credi-

(1) Duranton (n. 163); Taulier (t. VI, p. 507); Mourlon (t. III, p. 412); Troplong (n. 291); Aubry e Rau (t. III, p. 424, nota 5); Massè e Vergè (t. V, p. 30, nota 4). — Colmar, 25 agosto 1810 (S. V., 11, 2, 52; *Coll. nov.*, 3, 2, 343; Dalloz, 10, 2, 165).

(2) Troplong (n. 295). — Douai, 25 nov. 1833 (S. V., 34, 2, 238; Dalloz, 34, 2, 183); Parigi, 21 dic. 1836 (S. V., 37, 2, 427; Dalloz, 37, 2, 116).

(3) Cass., 18 dic. 1822 (S. V., 23, 1, 220; *Coll. nov.*, 7, 7, 173; Dalloz, 23, 1, 49).

(4) Riom, 4 agosto 1818 (S.V., 19, 2, 37; *Coll. nov.*, 5, 2, 410; Dalloz, 19, 2, 5).

(5) Bordeaux, 6 giugno 1840 (Dalloz, 40, 2, 200).

tore, il quale non potrà più prendere una novella iscrizione. A ragione quindi la Corte suprema, in tale condizione di cose, ha ammesso l'azione di scioglimento del contratto (1).

740. Se il fatto della vendita dello immobile ipotecato non basta per sè solo a produrre lo scioglimento, con più buona ragione deve dirsi il medesimo nel caso di semplice ipoteca dello immobile, quand'anche i creditori ipotecarî abbiano in seguito proceduto al pegnoramento. Il creditore della rendita potrebbe soltanto, come nel caso in cui egli medesimo proceda al pegnoramento, fare ordinare o consentire che sul prodotto dell'alienazione si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità (2).

II. — 741. Pria di venire agli effetti dello scioglimento pronunciato, dobbiamo determinare alcuni casi in cui il debitore può, con una specie di inammessibilità, evitare la risoluzione e far sussistere il contratto, conservando il capitale.

Ed in prima, quando il debitore ha diminuito per fatto suo le cautele del creditore, potrà evitare la risoluzione ristabilendo le cautele promesse o somministrandone altre. Sebbene il contrario sia generalmente insegnato quando trattasi di rendita costituita in perpetuo (art. 1912 (1784); *sopra*, n. 353), pure bisogna ammettere, nel caso di rendita vitalizia, che il debitore possa sempre, fino alla sentenza diffinitiva, prevenire la risoluzione adempiendo le condizioni impostegli dal contratto, o, se le ha violato, rimettendo il suo creditore nello stato primitivo, per esempio, riedificando la casa ipotecata che avea demolito, o dandogli ipoteca sopra una casa dell' ugual valore. Reintegrato il creditore nella condizione creatasi col contratto, il suo interesse è salvo, e quindi la domanda per lo scioglimento non ha più causa (3).

742. Dicasi lo stesso se, prima della domanda dello scioglimento del contratto per mancanza delle garenzie promesse o per diminuzione di quelle date, muoia la persona sulla cui vita era costituita la rendita, poichè, estinta la rendita, diviene impossibile far pronunziare lo scioglimento del contratto: il creditore o i suoi eredi non avrebbero più interesse, poichè le garenzie hanno perduto tutta la loro utilità (4).

743. Ma che decidere se la persona durante la cui vita debba pagarsi la rendita muoia dopo spinta la domanda per lo scioglimento, ma prima della sentenza diffinitiva? Per la negativa potrebbe dirsi, che le sentenze essendo semplicemente *dichiarative*, i loro effetti risalgono al *giorno della domanda*, e quindi una domanda regolarmente proposta fa acquistare il dritto allo scioglimento, che non può venir meno per avvenimenti ulteriori. *Nondimeno questa dottrina è stata generalmente respinta*. Infatti, come giustamente osserva Pothier, la estinzione della rendita fa cessare assolutamente la causa dello scioglimento, per cui il creditore o i suoi eredi non hanno più alcun pretesto per domandarlo: lo *scioglimento* non ha luogo di pieno *dritto per* lo inadempimento delle condizioni, ma deve essere ordinato dal giudice; sicchè, fino a questo punto, il costituente può essere ammesso a purgare la mora, e farsi assolvere dalla domanda, adempiendo alle condizioni del contratto. Egli dunque avrebbe potuto, fino alla sentenza, somministrare le garenzie al creditore; ma estinta la rendita, queste son divenute inutili, e ciò basta per respingere la domanda dello scioglimento (5).

(1) Cass., 16 aprile 1839 (S.V., 39, 1, 511; Dalloz, 39, 1, 158).

(2) Parigi, 23 aprile 1833 (S. V., 33, 2, 199; Dalloz, 33, 2, 331; *J. P.*, 1834, t. II, p. 471).— *Contra*: Dijon, 14 marzo 1817 (S.V., 17, 2, 372; *Coll. nov.*, 5, 2, 251; Dalloz, 17, 2, 91).

(3) Troplong (n. 296); Aubry e Rau (t. III, p. 425); Massè e Vergè (t. V, p. 31, nota 5). — Bruxelles, 21 aprile 1810 (S. V., *Coll. nov.*, 3, 2, 259; Dalloz, 11, 2, 26).

(4) *Contra*: Bruxelles, 5 genn. 1826 (S.V., *Coll. nov.*, 8, 2, 173).

(5) *Vedi* Pothier (n. 229); Duranton (n. 166); Mourlon (t. III, p. 412); Troplong (n. 297); Aubry e Rau (*loc. cit.*); Massè e Vergè (*loc. cit.*, nota 6). —Cass., 5 marzo 1817 (S.V., 17, 1, 214; *Coll. nov.*, 5, 1, 291; Dalloz, 17, 1, 203).

744. Però, tanto in quest' ultimo caso, quanto in quello in cui le garenzie promesse siano state somministrate o ristabilite nel corso della domanda, è naturale che il creditore non dovrà soffrire le spese regolarmente fatte per proporre la sua azione; ma potrà per esse ottenere una sentenza di condanna contro il suo avversario (1).

III. — **745.** Parliamo ora degli effetti dello scioglimento pronunciato per sentenza. Il debitore della rendita, il quale ha mancato alle sue obbligazioni, deve restituire l'intero capitale ricevuto in danaro o in immobile: è questo il principale effetto della risoluzione; in questo solo caso la legge permette al creditore della rendita di riacquistare la cosa che aveva alienato.

746. Poichè il contratto si risolve per una causa che esisteva in germe fin da principio, *ex causa antiqua*, e poichè la risoluzione rimette le cose nel medesimo stato come se l' obbligazione non si fosse contratta (art. 1183 (1136)), bisogna forse conchiuderne che l' operazione intera rimanga annullata, e che per conseguenza il creditore della rendita debba tener conto al debitore di quella parte delle annualità che abbia ecceduto l' interesse legale, o restituirgliela se abbia ricevuto il suo capitale, o detrarla dalla somma che gli deve essere restituita? La Corte di cassazione, fondandosi sull'art. 1183 (1136) del Codice Napoleone e sull'effetto retroattivo della sentenza che pronunzia lo scioglimento, ha opinato del sì, e, annullando una decisione della Corte di Rennes dei 27 aprile 1839, ha giudicato non potersi le annualità attribuire al creditore secondo la ragione stipulata, ma doversi ridurre alla misura dell' interesse legale, tranne che si accordi specialmente al creditore il dippiù a titolo di danni-interessi (2). Nondimeno questa decisione è stata generalmente respinta, nè poteva essere altrimenti. Invero, la condizione risolutiva, quando si verifica, ha per effetto, ai termini dell' art. 1183 (1136) del Codice Napoleone, di rimettere le cose nel medesimo stato, come se l'obbligazione non si fosse contratta. Ma, come giustamente ha detto la Corte di Caen in una decisione che a buon dritto gli scrittori hanno generalmente contrapposto a quella della Corte di cassazione, la disposizione di questo articolo cessa quando la sua applicazione è impossibile. E qui siamo proprio al caso. La revoca di un contratto di rendita vitalizia, dopo una esistenza più o meno lunga, non può far ritornare le cose allo stato primitivo. Il debitore, finchè è durato il contratto, ha avuto in suo favore le probabilità favorevoli di veder estinguere la rendita, nè avrebbesi potuto impedire che egli ne profittasse se si fossero avverate. Or le annualità da lui pagate sono appunto il prezzo di queste probabilità, il prezzo del rischio che han fatto correre al creditore. Quando dunque si verifica il fatto che dà luogo allo scioglimento, è necessità che quest'ultimo le trattenga per intero, senza nulla distrarsene, altrimenti sarebbero a di lui peso tutti gli inconvenienti (3).

747. Per medesimezza di ragione, applicando qui una dottrina insegnata da Pothier, dottrina sconosciuta dalla precitata decisione della Corte di cassazione, la quale ha confuso in unico pensiero le annualità posteriori e quelle anteriori alla risoluzione, diciamo doversi fare una distinzione tra le une e le altre. Dopo la risoluzione, il contratto di rendita non è più; il creditore, non correndo più alcun rischio, non deve nemmeno riceverne alcun prezzo, e quindi non ha altro dritto che all'interesse legale,

(1) Pothier (*loc. cit.*); Duranton (t. III, p. 419, nota 4); Mourlon (*loc. cit.*)

(2) Cass., 23 agosto 1843 (S.V., 43, 1, 892; Dalloz, 43, 1, 385).

(3) Caen, 16 dic. 1843 (S.V., 44, 2, 97; Dalloz, 44, 2, 90). — *Vedi* pure Ric., 20 nov. 1827 (S.V., 28, 1, 193; *Coll. nov.*, 8, 1, 704; Dalloz, 28, 1, 26); Bruxelles, 10 agosto 1833 (S.V., 34, 2, 399; Dalloz, 36, 2, 95); Parigi, 22 febb. 1837 (Dalloz, 37, 2, 154; S.V., 37, 2, 291): Dijon, 22 genn. 1847 (S. V., 48, 2, 206; *J.P.*, 1848, t. II, p. 100). —*Junge*: Duranton (n. 164); Mourlon (t. III, p. 411); Taulier (t. VI, p. 508); Troplong (n. 298); Aubry e Rau (t. III, p. 425, nota 7); Massè e Vergè (t. V, p. 31, nota 6).

come indennizzo della privazione di godimento del suo capitale fino al giorno in cui gli verrà restituito. Ma prima della risoluzione e fino a che questa non sia irrevocabile per effetto di un giudicato diffinitivo che la pronunci, il creditore ha dritto alle annualità convenute, le quali, giovi ripeterlo, sono il prezzo del rischio, che esiste evidentemente anche dopo la domanda, finchè la risoluzione non sia diffinitivamente pronunciata (1).

Per l'incontro, se trattisi di una rendita vitalizia costituita mediante l'alienazione di un immobile, il debitore, condannato a restituirlo, conserverà tutti i frutti dello immobile fino al giorno della sentenza; altrimenti il creditore si arricchirebbe a suo danno (2).

748. Notiamo da ultimo, che l'azione per lo scioglimento accordata nel caso che il debitore si neghi a somministrare le cautele stipulate, ha luogo semplicemente quando trattisi di una rendita costituita a titolo oneroso, secondo i termini dell'art. 1968 (1840), o anche secondo i termini dello art. 1973 (1845). Ciò sorge dal testo del nostro articolo, il quale parla della rendita costituita *mediante un prezzo*, distinguendosi anche per questo aspetto dall'art. 1912 (1784) relativo alla rendita costituita in perpetuo (*sopra*, n. 357). Quando la rendita sia costituita a titolo gratuito, massime se un tale si costituisca per atto tra vivi, o costituisca per testamento debitore il suo erede di una rendita vitalizia, promettendo cautele particolari per garentire il pagamento della rendita, egli è evidente che il creditore non potrà domandare lo scioglimento per mancanza delle promesse cautele: la rendita in tal caso non ha capitale; il creditore penserà ad assicurarsi il suo dritto valendosi dei mezzi consacrati nello art. 1978 (1850), che non potrà nemmeno direttamente invocare, ma per applicazione dei principî generali sanzionati dall'art. 2092 (1962) (*infra*, n. 751). Se però la rendita vitalizia sia stata stipulata come peso di una donazione fatta ad un terzo, il donante potrà, mancando quest'ultimo *di somministrargli le cautele promesse*, *chiedere* la revoca della donazione, non già in forza dell'art. 1977 (1849), ma per inadempimento delle condizioni, e in forza degli art. 953 e 954 (878 e 879). *Del resto*, quest'ultimo mezzo produrrebbe assolutamente i medesimi effetti del primo; il che si comprende facilmente, poichè l'uno e l'altro derivano da un medesimo principio, quello stabilito nell'art. 1184 (1137).

1978 (1850). — La sola mancanza del pagamento delle annualità decorse non autorizza colui, in favore del quale è costituita la rendita vitalizia, a chiedere il rimborso del capitale, o a rientrare in possesso del fondo alienato. Egli non ha che il diritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, e d'instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità.

SOMMARIO.

I. 749. L'art. 1978 (1850) deroga all'art. 1184 (1137) del Codice Napoleone.— 750. Sua ragion d'essere. — 751. La sua applicazione deve restringersi ai

(1) *Vedi* Pothier (n. 230). Merlin (*Rep.*, alla parola *Rendita vitalizia*, n. 4); Delvincourt (t. III, p. 420).—*Vedi* pure Colmar, 25 agosto 1810 (S.V., 11, 2, 52; *Coll. nov.*, 3, 2, 313; Dalloz, 10, 2, 165); Bordeaux, 6 giugno 1840 (Dalloz, 40, 2, 200).

(2) Troplong (n. 302).

soli contratti di rendita che presentino un carattere aleatorio : non si applica alle rendite costituite a titolo gratuito; — 752. Nè a quelle in cui, sebbene costituite a titolo oneroso, manchi l'alea; — 753. Nè ai contratti a titolo oneroso che non contengano esclusivamente una costituzione di rendita vitalizia; — 754. Nè infine al caso in cui un terzo siasi fatto cedere dal creditore della rendita il beneficio del suo contratto. — 755. Conclusione.

II. 756. Esecuzione del mezzo offerto al creditore nel caso preveduto dall'articolo 1978 (1850). — 757. Il creditore deve fare determinare la somma da impiegarsi. Con quali mezzi? Controversia.— 758. Conciliazione dei dritti del creditore della rendita con quelli degli altri creditori del debitore della rendita : — 759. 1° Nel caso in cui la rendita sia garentita da una ipoteca sopra uno o più immobili. Distinzioni : del caso in cui l'immobile o gli immobili ipotecati abbiano prodotto un capitale sufficiente per assicurare il pagamento della rendita; — 760. Di quello, al contrario, in cui la vendita non abbia prodotto un capitale sufficiente. — 761. 2° Nel caso in cui la rendita vitalizia costituisca un credito semplicemente chirografario. — 762. Il mezzo del sequestro indicato dall'art. 1978 (1850) non esclude gli altri mezzi di esecuzione.

III. 763. L'art. 1978 (1850) non è imperativo, in quanto che le parti possono derogarvi stipulando il patto commissorio. Controversia. — 764. Possono anche stipulare che la risoluzione abbia luogo di pieno dritto e senza bisogno di una domanda giudiziaria. —765. Effetti della stipulazione: sono diversi secondo che trattisi della semplice risoluzione o della risoluzione di pieno dritto. — 766. Però, nell'uno e nell'altro caso, il creditore della rendita ha dritto a tutte le annualità fino allo scioglimento.

I. — 749. Il principio che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti a titolo oneroso, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, è stato dall'articolo 1977 (1849) applicato rispetto al debitore che manchi di somministrare le cautele stipulate. Con più buona ragione sembrerebbe che, mancando il debitore di adempire alla condizione principale del contratto, alla obbligazione essenziale di pagare regolarmente le annualità nel tempo stabilito nel contratto, debba applicarsi il medesimo principio. E pure l'art. 1978 (1850), derogando al dritto comune dell'art. 1184 (1137), applicato espressamente per la vendita dall'art. 1654 (1500), e per la rendita perpetua dall' art. 1912 (1784), dichiara che la sola mancanza del pagamento delle annualità decorse non autorizza il creditore a chiedere lo scioglimento per rientrare nel possesso del capitale mobile o immobile da lui alienato: egli non ha che il dritto di far sequestrare e di far vendere i beni del suo debitore, e d'instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l' impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità.

750. Perchè il legislatore ha voluto derogare, pel contratto di rendita vitalizia, ad una regola generale comune a tutti i contratti a titolo oneroso? I lavori preparatori del Codice non ci dànno alcun lume a tal rispetto. Dei tre oratori i quali, nella Esposizione dei motivi, e nei rapporti al Tribunato o al Corpo legislativo, trattarono successivamente del nostro titolo, nessuno diede una plausibile spiegazione al nostro art. 1978 (1850) Nella Esposizione dei motivi, Portalis disse, che « se fosse altrimenti, non vi sarebbe più solidità nelle convenzioni, le quali potrebbero sciogliersi per la più lieve infrazione di uno dei contraenti. Si riuscirebbe alla nullità di un atto, quando non si ha che il dritto di chiederne la esecuzione (1); » cose tutte che potrebbero dirsi di tutti i contratti per proscrivere l' azione per lo scioglimento. Il tribuno Siméon contentossi di riepilogare

(1) Fenet (t. XIV, p. 546); Locré (t. XV, p. 180).

il testo, senza darne alcuna spiegazione (1); ed il tribuno Duveyrier ha veduto nella disposizione un vantaggio pel creditore, a cui si evita lo imbarazzo di cercare un altro impiego (2): ragione ben futile, poichè l'applicazione pura e semplice dell'art. 1184 (1137) avrebbe sempre lasciato libero il creditore di scegliere tra la esecuzione del contratto e la domanda di risoluzione..

Nè ci può tampoco contentare la spiegazione datane da taluni scrittori, i quali, movendo da ciò che la rendita vitalizia non abbia capitale, sostengono che il creditore non possa pretendere che semplici annualità, e non mai un capitale che non esiste (3). Noi sopra dimostrammo (n. 670) la inesattezza di tale idea, perchè la rendita forma realmente un ente morale distinto dalle annualità che produce. E per altro, come giustamente osserva Troplong, quand'anche questa idea fosse vera, come mai potrebbe implicare la eccezione al principio dell'art. 1184 (1137)? Vi sarebbe sempre uno dei contraenti il quale potrebbe sostenere di avere alienato sotto una condizione, mancando la quale, egli è in dritto di ritirare la sua promessa e tornare nella condizione in cui era prima del contratto (4).

La vera ragione, che per altro avrebbe potuto non sembrar sufficiente agli occhi dei legislatori per fare una derogazione al principio dell'art. 1184 (1137), è nel carattere aleatorio del contratto di rendita vitalizia. Quando in un contratto ordinario, per esempio nella vendita, il giudice ordina lo scioglimento per non pagamento del prezzo, è quasi sempre possibile, in qualunque tempo quello si pronunci, rimettere le parti nella medesima condizione in cui erano prima della convenzione; poichè di ordinario, l' oggetto della obbligazione di ciascuna delle parti non muta di valore, e se il compratore abbia pagato parte del prezzo, gli sarà restituita.—Al contrario, nella rendita vitalizia, l'obbligazione dell'una delle parti, del debitore della rendita, consiste nel pagare periodicamente delle annualità, che forse ha già pagato per un buon numero di anni quando si spinge la domanda per lo scioglimento; e fors'anche ha pagato in tale proporzione da corrispondere al valore del capitale ricevuto. Or in tal caso sarebbe assai duro, non solo per lui, ma anche e soprattutto per gli altri suoi creditori, i quali certamente sarebbero sempre interessati, di costringerlo a restituire il capitale: ciò importerebbe privar lui e i suoi aventi causa dei vantaggi di un contratto che egli ha per un certo tempo eseguito. — Del resto, checchè si faccia, non è più possibile ristabilire le cose nello stato in cui erano prima della convenzione. Sebbene il Codice consideri la rendita vitalizia come *un ente morale* le cui annualità rappresentano *i frutti*, è sempre vero, in sostanza, che il creditore della rendita, ricevendo ogni anno l'annualità, riceve in certo modo *una frazione* del capitale, e, come *dicesi volgarmente*, consuma a poco a poco *il suo fondo colla* rendita. Il suo dritto adunque, nel giorno in cui il debitore cessi di pagargli le annualità, non ha più il medesimo valore che avea nel giorno in cui fu stabilito; nè si potrebbe senza una grande ingiustizia farlo *rientrare in* possesso di un capitale con cui *potrebbe di* nuovo costituirsi una rendita vitalizia di assai superiore alla prima, essendo egli di un'età più avanzata. Al postutto, questo contratto dipende interamente dal caso; per cui è ben giusto che si lasci al caso il suo corso naturale, nè vi si sostituisca uno stato di certezza che snaturerebbe l'operazione.—Da questi motivi potè essere indotto il legislatore a derogare in tal caso al dritto comune, stabilendo una regola del tutto speciale.

751. Ma appunto perchè questa regola speciale costituisce una profonda derogazione al dritto comune dei contratti, bisogna restringerne l'applicazione nel suo oggetto

(1) Fenet (t. XIV, p. 553); Locrè (t. XV, p. 190).
(2) Fenet (t. XIV, p. 561); Locrè (t. XV, p. 204).
(3) *Vedi* Pothier (n. 231). — *Vedi* pure Delvincourt (t. III, p. 418, note 1 e 2).
(4) *Vedi* Troplong (n. 308).

preciso, senza estenderla più oltre. Con questo intendimento, diciamo dapprima che l'art. 1978 (1850) riguarda il contratto di rendita vitalizia propriamente detto, cioè un contratto che ha essenzialmente il carattere aleatorio. Non può dunque applicarsi nel caso in cui la rendita vitalizia sia stipulata come condizione di una donazione tra vivi o di un legato. Il donante creditore della rendita potrebbe, in forza dell' art. 953 (878), far risolvere la donazione per inadempimento dei carichi imposti, nel qual caso la risoluzione non avrebbe quel carattere d'ingiustizia che le si potrebbe rimproverare se si pronunziasse contro il debitore di una rendita costituita a titolo oneroso; poichè il donatario ha ricevuto un capitale la cui rendita è superiore alle annualità che deve, nè può accagionar che sè stesso della negligenza che gli ha fatto perdere l'oggetto della liberalità (1).

Se però la rendita vitalizia fosse l'oggetto diretto della donazione o del legato, il creditore, donatario o legatario, in mancanza di pagamento delle annualità, non potrebbe domandare lo scioglimento, perchè allora la rendita è senza capitale. Egli in tal caso potrebbe valersi del mezzo indicato dal nostro articolo, facendo sequestrare i beni del costituente: ma ciò, non in forza della disposizione speciale di questo articolo, ma per applicazione dei principi generali consacrati nell'art. 2092 (1962).

752. Non si dovrebbe nemmeno applicare la derogazione stabilita dal nostro articolo, quand'anche la rendita fosse costituita a titolo oneroso, se in realtà vi manchi l' *alea*. Così, quando io alieno, per una rendita vitalizia di 2,000 franchi, un capitale di 40,000 franchi o un immobile che produca in media 2,000 fr. all'anno, gli è manifesto che la convenzione, comunque voglia chiamarsi, non contiene alcun rischio per il debitore, il quale avrà fatto un eccellente negozio se la rendita si estingue poco dopo il contratto, ma in nessun caso potrà fare un cattivo negozio, poichè, qualunque si fosse la durata della rendita, egli non pagherebbe altro che l'interesse legale del capitale. Il contratto adunque in tal caso resterà sotto l'impero del dritto comune stabilito dagli articoli 1184 e 1654 (1137 e 1500).

753. Saranno parimenti soggetti al dritto comune i contratti a titolo oneroso, i quali, sebbene contengano taluni rischi, non siano esclusivamente contratti di rendita vitalizia. Così, se nel consentire una vendita si convenga doversi come prezzo accessorio pagare provvisoriamente una rendita vitalizia, per esempio fino alla morte del venditore, nel qual tempo diventerebbe esigibile il prezzo principale, la sola mancanza del pagamento delle annualità farà risolvere il contratto in virtù dell'art. 1654 (1500) (2). Parimenti, se nel prezzo della vendita si comprenda, oltre la rendita vitalizia, una somma capitale, la mancanza del pagamento di questa somma potrà produrre lo scioglimento del contratto (3). Però, in quest'ultimo caso, se pagato il prezzo capitale, rimanga soltanto la rendita vitalizia, l'art. 1978 (1850) riprenderà il suo pieno vigore (4).

754. Infine, quando un terzo si faccia cedere dal creditore della rendita il beneficio del suo contratto, non dovrà applicarsi l' art. 1978 (1850), sibbene l'articolo 1184 (1137); in tal caso havvi una vendita ordinaria sottoposta ai principi di dritto comune (5). È stato anzi giudicato, in questo medesimo ordine di idee, che la cessione dell'usufrutto fatta da un usufruttuario

(1) Troplong (n. 312); Aubry e Rau (t. III, p. 426, nota 14); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 32, nota 9).—Cass., 18 luglio 1836 (Dalloz, 36, 1, 423; S.V., 36, 1, 535); Poitiers, 6 gennaro 1837 (S.V., 37, 2, 261; Dalloz, 38, 2, 113); Caen, 21 aprile 1841 (S.V., 41, 2, 433; Dalloz, 41, 2, 220); Rouen, 27 agosto 1846 (S. V., 48, 2, 90).

(2) Bourges, 2 aprile 1828 (S. V., 29, 2, 248; *Coll. nov.*, 9, 2, 64; Dalloz, 29, 2, 180).

(3) Ric., 20 nov. 1827 (S. V., 28, 1, 193; *Coll. nov.*, 8, 1, 704; Dalloz, 28, 1, 26).

(4) Orléans, 6 febb. 1835 (S. V., 37, 2, 73; Dalloz, 37, 2, 120); Ric., 13 giugno 1837 (S. V., 38, 1, 45; Dalloz, 37, 1, 436).

(5) Troplong (n. 314). — Bordeaux, 1° ag. 1834 (Dalloz, 35, 2, 35).

al nudo proprietario, mediante una rendita vitalizia del medesimo valore, costituisce non già un contratto aleatorio, ma una permuta, e che quindi mancandosi al pagamento delle annualità, il creditore possa chiedere lo scioglimento del contratto (1).

755. Eccetto queste ipotesi, dovrà applicarsi l'art. 1978 (1850) ad esclusione dell'art. 1184 (1137), ed anche dell'art. 1654 (1500), quando la rendita vitalizia sia prezzo di un immobile (2). Nè devesi per altro far distinzione tra la mancanza momentanea, il semplice ritardo nel pagamento, e la impossibilità assoluta di pagare la rendita: in tutti i casi il creditore deve valersi del mezzo indicato dall'articolo 1978 (1850), essendogli assolutamente vietato di chiedere la risoluzione (3).

II. — 756. Adunque il creditore, come è detto dal nostro articolo, ha semplicemente il dritto di far vendere i beni del debitore, ed instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità. Siffatto mezzo, che in apparenza può credersi di facile esecuzione, presenta nell'applicazione talune difficoltà che bisogna pria di tutto risolvere.

* 757. Ed in prima, può nascere qualche dubbio nel determinare il capitale necessario per assicurare il pagamento delle annualità. Una prima combinazione sarebbe di aggiudicare a cottimo una somma sufficiente. Il terzo aggiudicatario assumerebbe allora l'obbligo di pagare le annualità fino alla estinzione della rendita, il che implicherebbe un nuovo contratto aleatorio tra questo terzo ed il debitore primitivo, rappresentato dalla massa dei suoi creditori. Il qual mezzo, a primo aspetto, sembrava doversi preferire, in quanto che determina immediatamente la condizione degli altri creditori, trasportando sopra un terzo i rischi della rendita; e per altro non sarebbe formalmente contrario ai termini troppo elastici dell'art. 1978 (1850): anzi lo troviamo sanzionato da una decisione della Corte di Caen (4). Ma nondimeno non potea prevalere: infatti, da una mano, spogliando per sempre ed irrevocabilmente gli altri creditori della somma aggiudicata, lascia esclusivamente per l'aggiudicatario le probabilità di guadagno che potrebbero tornare in loro vantaggio; e dall'altra, obbligando il creditore della rendita a riposare sulla fede dell'aggiudicatario, non gli dà alcuna garenzia contro questo nuovo debitore, nel caso che divenisse insolvibile.

Bisognava dunque trovar modo come assicurare i dritti di tutti. Quindi si ebbe ricorso a quest'altra combinazione, che consiste nel prendere sui beni del *debitore*, per farne lo impiego, un capitale che produca una somma d'interessi uguale alle annualità della rendita vitalizia. Per modo di esempio, se la rendita sia di 1,000 *franchi* all'anno, s'impiega una somma che produce 1,000 franchi d'interesse, *cioè* 20 000 fr., se l'impiego si fa *al* 5 per 100. Questo mezzo ha in prima il vantaggio di rispondere più esattamente al testo dell'art. 1978 (1850) in cui parlasi non di una alienazione, ma di un impiego, cioè di un collocamento di somma. Inoltre, dà al creditore della rendita una maggiore garenzia, senza nuocere ai dritti degli altri creditori. Infatti, l'acquirente dei beni del debitore tratterrà rispetto a lui una somma prelevata sul prezzo di aggiudicazione, bastante per assicurare il pagamento delle annualità: se i beni aggiudicati siano immobili, i dritti del creditore della rendita saranno assicurati col privilegio e coll'azione risolutiva; se mobili, egli potrà pretendere che lo aggiudicatario faccia un impiego sicuro del suo prezzo, per esempio che si faccia

(1) Douai, 15 giugno 1846 (S. V., 46, 2, 535).
(2) Ric., 13 giugno 1837 (decisione già citata).
(3) Cass., 18 dic. 1822 (S. V., 23, 1, 220; *Coll. nov.*, 7, 1, 173; Dalloz, 23, 1, 49).
(4) Caen, 18 maggio 1813 (S.V., 14, 2, 399; *Coll. nov.*, 4, 2, 311; Dalloz, 15, 2, 4).

surrogare nel privilegio di un venditore, o depositi la somma nella cassa dei depositi e delle consegne. Quanto agli altri creditori del debitore della rendita, avranno da canto loro il vantaggio di dividersi, quando sarà estinta la rendita, il capitale riserbato, sia secondo il grado della loro ipoteca, sia in proporzione secondo la loro qualità; e se vogliano esercitare immediatamente i loro diritti, potranno essi medesimi obbligarsi al pagamento della rendita, dando a tal'uopo delle garenzie al creditore (1).

758. Così, conosciuto il mezzo di assicurare il pagamento delle annualità, bisogna ora esaminare il caso in cui il creditore della rendita concorra cogli altri creditori del debitore comune, e determinare quindi i dritti rispettivi degli uni e degli altri. A tal rispetto bisogna distinguere due casi : o la rendita vitalizia è garentita da una ipoteca sopra uno o più immobili, ovvero costituisce un dritto puramente chirografario.

759. Nel primo caso, il creditore della rendita sarà collocato al suo grado per il capitale necessario al pagamento delle annualità. Il qual capitale, se sia sufficiente per produrre annualmente una somma di interessi uguale alla somma delle annualità, verrà impiegato come sopra dicemmo, e i creditori ipotecarî posteriori conserveranno i loro diritti per esercitarli quando sarà estinta la rendita, tranne che non vogliano obbligarsi di pagarla direttamente. — Notiamo che il creditore della rendita dovrà essere collocato *per il capitale necessario al pagamento delle annualità*. E pure qualche volta si è preteso dai creditori ultimi graduati, di fare ridurre la collocazione alla somma del capitale indicato nella iscrizione, cioè al capitale alienato, il quale naturalmente è minore, poichè, come è noto, le annualità di una rendita vitalizia eccedono la misura dell'interesse ordinario del danaro. Ma siffatta pretensione è stata costantemente respinta, e bene a ragione; purchè però il creditore non abbia omesso di indicare nella iscrizione, oltre il capitale della rendita, la somma delle annualità. Ciò basta ad avvertire i terzi del carattere e della importanza dei dritti del creditore della rendita (2).

Ma se l'ipoteca fosse consentita sopra più immobili successivamente venduti, il creditore della rendita potrebbe in ogni graduazione farsi collocare per una somma sufficiente a garentirgli il pagamento delle annualità; nè potrebbe accogliersi la pretensione degli altri creditori i quali volessero farlo escludere dalle altre graduazioni, perchè la prima basti ad assicurargliene il pagamento. La Corte di Parigi ha per due volte giudicato il contrario con due decisioni di antica data (3); ma essa cadde in errore, da una mano, riducendo una ipoteca convenzionale, contro la disposizione dell' art. 2161 (2055); e dall' altra, mettendo in repentaglio i dritti del creditore della rendita, poichè se per caso venga distrutto o scemi di valore lo immobile su cui egli fu unicamente graduato, e nel tempo stesso divenga insolvibile il debitore della rendita, il creditore vedrebbe svanire tutte le sue garenzie, mentre appunto per premunirsi contro tale eventualità egli avea preso ipoteca sopra più immobili. Ma segue forse da ciò che il creditore debba essere materialmente collocato in ogni graduazione? No, certamente; ma collocandolo nella prima, gli si deve riserbare il dritto, obbligando i creditori collocati nelle altre a garentire il pagamento della rendita, nel caso in cui la prima collocazione divenisse inutile o insufficiente (4).

(1) Riom, 18 genn. 1844 (S.V., 44, 2, 166; Dalloz, 51, 2, 206; *J. P.*, 1852, t. I, p. 29); Caen, 24 genn. 1851 (S. V., 51, 2, 493; Dalloz, 51, 2, 207; *J.P.*, 1852, t. I, p. 30).

(2) Nîmes, 11 aprile 1807 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2, 224); Parigi, 30 maggio 1831, 10 marzo 1832 (S.V., 31, 2, 198; 32, 2, 407; Dalloz, 31, 2, 237, 224; 32, 2, 105). — *Vedi* pure le decisioni sopra citate di Riom, 18 genn. 1844, e di Caen, 24 gennaro 1851.

(3) Parigi, 31 luglio 1813, 20 aprile 1814 (S.V., 13, 2, 71 e 270; *Coll. nov.*, 4, 2, 384; Dalloz, 13, 2, 43; 23, 2, 102).

(4) *Vedi* il nostro *Commentario—Trattato dei Privilegi e delle Ipoteche* (n. 603).

760. Suppongasi intanto che la vendita degli immobili ipotecati non abbia prodotto un capitale sufficiente pel pagamento della rendita. In tal caso, è stato da parecchie decisioni giudicato che il creditore abbia il dritto di prelevare annualmente sul capitale la somma necessaria per pagarsi delle sue annualità, diguisachè, scemando il capitale, gl'interessi diminuiscono in proporzione (1). Noi invero non possiamo ammettere questo spediente, che al postutto riuscirebbe indirettamente alla risoluzione prescritta dall' art. 1978 (1850). Infatti, il creditore prenderebbe ogni anno una parte del capitale. Ma egli non ha dritto, nè può ricevere che semplici annualità; e se non le riceve per intero come ne avea dritto giusta il contratto, non dovrà accagionar che sè stesso, perchè non richiese a tempo più estese garenzie. Adunque i creditori graduati dopo di lui, se vogliono riscuotere il prezzo, non dovranno garentirlo se non fino alla concorrenza di ciò che ricevono.

761. Quando la rendita vitalizia costituisce un semplice credito chirografario, il creditore non sarà in migliore condizione di tutti gli altri creditori; ma dovrà come essi contentarsi della parte che gli toccherà nella distribuzione. Però, prenderassi come base della porzione spettante al creditore della rendita, un capitale che produca una somma d'interessi uguale al valore totale delle annualità, salvo agli altri creditori a dividerselo dopo la estinzione della rendita.

762. Notiamo da ultimo, che il nostro articolo, parlando del sequestro e della vendita dei beni del debitore, non intende perciò escludere gli altri mezzi di esecuzione. Adunque il creditore della rendita, come qualunque altro creditore, avrà specialmente il dritto di esercitare tutte le azioni del suo debitore, in conformità dello articolo 1166 (1119); potrà anche procedere a sequestro ed opposizione sulle somme dovute al debitore, fino alla concorrenza di ciò che sarà necessario per assicurargli in avvenire il pagamento della rendita (2).

III. — **763.** Abbiamo indicato la condizione del creditore della rendita nel caso che non gli siano pagate le annualità, e i mezzi con cui può ripeterne il pagamento ai termini dell'art. 1978 (1750). Conviene intanto dire che a tal rispetto le parti assai di raro si uniformano al disposto della legge: infatti, come spesso avviene, formasi fra loro una convenzione per cui, ritornandosi al dritto comune dell'art. 1184 (1137), si dichiara che il non pagamento della rendita porterebbe lo scioglimento del contratto. Una tale convenzione sarà lecita, o, per contro, sarà in opposizione col *pensiero* da cui fu ispirata la disposizione dell'art. 1978 (1850)? In altri termini, questo articolo è forse imperativo, o interpetra semplicemente la volontà delle *parti?* Siffatta quistione fu mossa *poco dopo* la pubblicazione del Codice.

Si è detto, contro la legalità della convenzione, che il divieto del nostro articolo essendo stato dettato per ragion della differenza tra la misura delle annualità d'ordinario stipulate nei contratti di rendita vitalizia, e la misura dello interesse legale, lo scioglimento convenuto sarebbe così contrario alla essenza del contratto, come quello legale del dritto comune; che quindi la volontà delle parti non può essere capace di creare un dritto formalmente proibito dall' articolo; e che per altro, se si permettesse questa clausola, diventerebbe di uso negli atti di costituzione e ridurrebbe così al nulla la disposizione del nostro articolo (3).

Questa ragione invero ha il suo valore.

(1) Metz, 15 nov. 1843 (S.V., 44, 2, 85); Agen, 3 genn. 1844 (S. V., 45, 2, 403); Grenoble, 4 dicembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 278).

(2) Cass., 16 aprile 1839 (S.V., 39, 1, 511; Dalloz, 39, 1, 158).

(3) Duranton (n. 170). — Parigi, 22 dic. 1812 (S.V., 13, 2, 142; *Coll. nov.*, 4, 2, 221; Dalloz, 13, 2, 76); Douai, 25 nov. 1833 (S.V., 34, 2, 238; Dalloz, 34, 2, 183).

Ma in questo caso sembraci dover prevalere il principio della libertà delle convenzioni. Noi già lo dicemmo, i motivi su cui è fondato l'art. 1978 (1850), sebbene seri, avrebbero potuto non sembrare sufficienti al legislatore per istabilire una derogazione al dritto comune; in conseguenza, una tal derogazione ha potuto essere ammessa, salvo convenzione contraria. Or ciò appunto sorge dalla discussione del nostro articolo. « Converrebbe avvertire nella redazione, diceva Cambacérès, che la regola generale stabilita dallo articolo non è assoluta, ma che le parti possono *derogarvi e stipulare che, in mancanza di pagamento della rendita, il creditore potrà ottenere il rimborso del suo capitale o rientrare in possesso del fondo alienato*. La redazione proposta non esclude questa clausola derogatoria; ma sarebbe più utile dirlo espressamente (1). » Accolta siffatta proposta, fu rimandata alla sezione; e sebbene non sia stata mutata la redazione della legge, pure bisogna tener per fermo che quella spieghi il vero intendimento del legislatore. È certo adunque che l'art. 1978 (1850) non contiene una disposizione d'ordine pubblico, e che le parti possono derogarvi colla convenzione. In questo modo è stato anche interpetrato dalla giurisprudenza (2).

764. Potendosi stipulare la risoluzione del contratto nei termini e nel modo stabilito dall'art, 1184 (1137), dovrà anche permettersi alle parti di convenire che la risoluzione abbia luogo di pieno dritto, senza bisogno di una domanda giudiziaria, per il solo effetto dell'atto di mora, ed anche per il solo fatto del non pagamento di una annualità (3).

765. Cotesta stipulazione porta seco conseguenze speciali che gioverà indicare. Ed in prima, quando lo scioglimento dovrà essere pronunziato dal giudice, possono accordarsi al debitore termini per pagare. Il che non può farsi quando lo scioglimento deve aver luogo di pieno dritto (4). Inoltre, se il creditore della rendita muore prima di aver domandato lo scioglimento o anche durante il giudizio, gli eredi non possono essere ammessi a spingere l'azione o continuarla se non quando siasi stipulata la risoluzione di pieno dritto. Allora infatti, il creditore della rendita ha acquistato dritto allo scioglimento sin dal giorno del non pagamento delle annualità, ed il tribunale non interviene se non per dichiarare il fatto e rivestire della sua sanzione il dritto dello attore. Per l'incontro, nel caso dell'art. 1184 (1137), il contratto sussiste fino a che non sia pronunziato lo scioglimento colla sentenza; diguisachè, dopo la morte della persona sulla di cui vita era costituita la rendita, gli eredi non possono più spingere o continuare l'azione per lo scioglimento, poichè la rendita si è estinta (5).

766. Però nell'uno e nell'altro caso, il creditore della rendita ha dritto di trattenersi tutte le annualità sino al giorno dello scioglimento, senza essere obbligato di restituire ciò che ecceda lo interesse legale. Intorno a questo punto ci siamo spiegati nel nostro commentario dell'articolo 1977 (1849), esaminando una decisione della Corte di cassazione, la quale riguarda precisamente la ipotesi di una clausola di risoluzione per non pagamento delle annualità (*sopra*, nn. 745 e seg).

(1) Fenet (t. XIV, p. 525); Locrè (t. XV, p. 156).

(2) Rouen, 27 genn. 1815; Bordeaux, 15 luglio 1816 (S. V., 13, 2, 140; 17, 2, 71; *Coll. nov.*, 5, 2, 12, 172; Dalloz, 15, 2, 80; 17, 2, 65); Rig., 26 marzo 1817 (S. V., *Coll. nov.*, 5, 1, 300); Bordeaux, 14 marzo 1829 (S.V., 29, 2, 168; *Coll. nov.*, 9, 2, 231; Dalloz, 29, 2, 218); Tolosa, 2 giugno 1832 (S. V., 32, 2, 484; Dalloz, 32, 2, 137); Parigi, 22 febbraro 1837 (Dalloz, 37, 2, 154; S. V., 37, 2, 291); Rig., 23 agosto 1843 (sopra citata); Caen, 16 dic. 1843 (sopra citata); Cass., 2 dic. 1856 (S. V., 57, 1, 356; *J. P.*, 1857, p. 5; Dalloz, 56, 1, 443).

(3) *Vedi* la decisione già citata di Bordeaux, 14 marzo 1829; Ric., 19 nov. 1817; Bordeaux, 10 genn. 1839 (Dalloz, alla parola *Rendita vitalizia*, n. 99).

(4) Cass., 5 marzo 1817 (S.V., 17, 1, 211; *Coll. nov.*, 5, 1, 291; Dalloz, 17, 1, 203); Caen, 16 dicembre 1843 (già citata al n. 763).

(5) Ric., 20 giugno 1831 (S.V., 31, 1, 260; Dalloz, 32, 1, 15).

1979 (1851). — Il costituente non può liberarsi dal pagamento della rendita con offrire il rimborso del capitale, e con rinunziare alla ripetizione delle annualità pagate. Egli è tenuto a corrispondere la rendita, durante tutta la vita della persona o delle persone sopra la vita delle quali fu costituita, qualunque sia la durata della vita di tali persone, e per quanto onerosa abbia potuto divenire la prestazione della rendita.

SOMMARIO.

I. 767. *Motivo dell'art. 1979 (1851).* — 768. *Esso esclude l'applicazione alle rendite vitalizie delle disposizioni di legge relative alla facoltà del riscatto delle rendite.* — 769. *Ma si applica esclusivamente alla rendita vitalizia costituita a titolo oneroso.* — 770. *Le parti possono derogare a questo articolo;* — 771. *Ed anche stipulare il riscatto per un capitale minore del prezzo di acquisto.*

I. — 767. La seconda obbligazione del debitore della rendita consiste, come già sopra dicemmo (n. 733), nel pagare le annualità *finchè dura la rendita.* La spiegazione di quest'ultime parole trovasi nell'articolo di cui ora parliamo. Infatti l'art. 1979 (1851) dichiara, che il costituente non può, sotto verun pretesto, liberarsi dal pagamento della rendita, ma che è tenuto di corrisponderla fino alla morte della persona o delle persone sopra la vita delle quali fu costituita, il che in altri termini importa che la rendita vitalizia, a differenza di quella costituita in perpetuo, non può riscattarsi.

Cotesta disposizione, che esisteva già nel nostro antico dritto (1), e che per altro avrebbesi potuto facilmente supplire, si spiega e si giustifica pel carattere essenzialmente aleatorio del contratto. Fin da principio, le probabilità sono state uguali da una parte e dall' altra: diguisachè, riuscendo contro il debitore pel prolungarsi della durata della rendita, egli dovrà soffrirne la perdita, appunto perchè nessuno gliene avrebbe contrastato il beneficio, se fossero tornate in suo favore per la estinzione immediata della rendita. Laonde, qualunque sia la durata della vita della persona o delle persone sopra la vita delle quali fu costituita la rendita, il debitore dovrà rispettare il contratto sino al suo termine. La legge non gli permette di liberarsene, anche con rinunziare *alla ripetizione delle annualità pagate*: queste infatti sono state pagate al creditore come prezzo dei rischi da lui corsi, ed è ben giusto che le trattenga, e riceva inoltre quelle dovutegli sino alla estinzione della rendita.

768. Adunque, per principio, la rendita vitalizia non può riscattarsi. Da ciò devesi inferire, primieramente, che le leggi intermedie che permisero il riscatto delle rendite in generale, a volontà del debitore, non poterono comprendere nelle loro disposizioni le rendite vitalizie (2), e che gli articoli del Codice in cui parlasi della facoltà di riscattare le rendite riguardano esclusivamente quelle redimibili per loro natura: tale è l'art. 872 (793), secondo il quale, in materia di divisione, ciascun coerede può esigere lo affrancamento delle rendite che gravano gli immobili dell'eredità.

Bisogna inoltre inferirne che, siccome il debitore della rendita, i suoi creditori che ne esercitano i dritti, non possono, nem-

(1) Merlin (*Quist.*, alla parola *Rendita vitalizia*, § 1; *Rep.*, alla medesima parola, § V).

(2) Cass., 21 messidoro anno 4 (Merlin, *Quist.*, alla parola *Rendita vitalizia*, § 1).

meno in caso di fallimento o di decozione, liberarsi dal pagamento della rendita offrendone il rimborso; però il creditore della rendita, se il suo credito sia chirografario, dovrà concorrere in proporzione con tutti gli altri creditori della massa, e, in caso di concordato, le annualità saranno soggette alla riduzione accordata al fallito dai creditori (1).

769. Il nostro articolo, come gli articoli 1977 e 1978 (1849 e 1850), applicasi esclusivamente alla rendita vitalizia costituita a titolo oneroso: a tal riguardo non potrebbe muoversi alcun dubbio quand'anche i termini della legge non fossero così espliciti. Bisogna nondimeno riconoscere, che nel caso di una rendita vitalizia costituita direttamente per donazione tra vivi o per testamento, il debitore non potrà nemmeno liberarsi dal pagamento delle annualità; ma ciò non perchè l' operazione sia aleatoria, ma perchò manca assolutamente il capitale. Se la rendita vitalizia fosse imposta al donatario come peso della liberalità, il donante potrebbe a sua scelta, nel caso che il donatario si neghi al pagamento delle annualità offrendo la restituzione delle cose donategli, o spingere l' azione di revoca in virtù dell'art. 953 (878), o agire come se si trattasse di un debitore ordinario. Per altro siffatta quistione riannodasi ad una altra assai più generale, cioè se il donatario possa liberarsi dai pesi abbandonando l'oggetto della donazione (2).

770. Da ciò che abbiam detto intorno ai motivi su cui è fondato l'art. 1979 (1851), potrebbe nascere il dubbio sulla validità della clausola con cui le parti, derogando alla disposizione di esso articolo, convenissero che il costituente possa liberarsi dal pagamento della rendita rimborsando il capitale. Nondimeno la contraria opinione è generalmente prevalsa, dacchè si ritiene non andarsi contro all'essenza del contratto, ma solo alterarsene la natura, quando si sminuiscono le probabilità di perdita per parte del debitore. Laonde si ammette la clausola derogatoria, tanto più, dicesi, che essa al postutto non produce alcun danno al creditore, il quale rientra nel suo capitale, con cui può acquistare una nuova rendita vitalizia ad una ragionata quasi sempre maggiore, trovandosi più avanzato negli anni (3).

771. Ciò ammesso, devesi necessariamente ammettere come conseguenza la validità della clausola con cui si stipuli il riscatto per un capitale minore di quello pagato *ab initio*, per esempio col patto che debba diminuirsi per come il creditore della rendita avanzerà negli anni. Il rimborso in questo caso dovrà farsi secondo le stipulazioni particolari inserite nel contratto, riguardanti la persona che debba riceverlo ed il tempo in cui debba aver luogo.

1980 (1852). — La rendita vitalizia è dovuta al proprietario in proporzione del numero de' giorni che ha vissuto.

Se però si sia convenuto di pagarsi anticipatamente, la rata anticipata si acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento.

SOMMARIO.

I. 772. L'art. 1980 (1852) applica alle annualità della rendita vitalizia il principio stabilito nell'art. 586 (511). — 773. Continuazione.— 774. Ma le parti possono stipulare che le annualità sarebbero pagate anticipatamente: la

(1) Cass., 22 marzo 1847 (S.V., 47, 1, 433; Dalloz, 47, 1, 287; *J.P.*, 1847, t. II, p. 133).

(2) *Vedi*, intorno a questo punto, Marcadè (art. 954 (879).

(3) Troplong (n. 324); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 32, nota 11).

rata anticipata si acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento.—775. Basta che la persona sulla cui vita era costituita la rendita sopravviva un istante al giorno della scadenza: controversia. — 776. Le parti possono stipulare che l'annualità corrente nel tempo in cui si estingue la rendita sia dovuta per intero, e pagabile alla scadenza ordinaria.

I. — **772.** La rendita vitalizia, come sopra abbiamo dimostrato (n. 670), costituisce un ente morale, i di cui frutti, chiamati annualità, sono compresi nella classe dei frutti civili e quindi si acquistano giorno per giorno, ai termini dell'art. 586 (511). A ciò si riferisce il nostro articolo, quando dice che la rendita vitalizia è dovuta al proprietario in proporzione del numero dei giorni che ha vissuto, o, per parlare più esattamente, in proporzione del numero dei giorni che ha vissuto la persona su la cui vita è costituita la rendita, poichè, come si sa, può anche costituirsi sopra la vita di un terzo (*sopra*, nn. 685 e seg.).

773. E poichè il primo paragrafo del nostro articolo contiene semplicemente una applicazione particolare dell'art. 586 (511), devesi in tal caso seguire la regola da quest' ultimo determinata. Or i frutti civili si acquistano per giorno e non per ora; dunque le annualità della rendita vitalizia saranno dovute in proporzione del numero dei giorni *trascorsi* al tempo della morte della persona durante la cui vita dovea pagarsi la rendita. Il giorno della morte non vi si comprende se non quando siasi verificata alla fine dell'ultima ora; altrimenti non sarebbe *compito*.

774. Però le parti possono stipulare che la rendita vitalizia fosse pagabile anticipatamente. In questo caso, la rata che è stata già pagata, o che almeno ha dovuto essere stata pagata anticipatamente, sarà acquistata dal creditore della rendita o dai suoi aventi causa dal giorno in cui è scaduto il pagamento. Intorno a tale convenzione erasi mosso qualche dubbio nella nostra antica giurisprudenza: taluni scrittori, e tra gli altri Pothier (1), pretendevano che, qualunque fosse la stipulazione, le annualità non sarebbero dovute se non giorno per giorno fino alla morte; alcuni accordavano al debitore il dritto di ripetere ciò che avesse pagato dippiù, altri invece, nel mentre non accordavano azione quando il pagamento non era stato fatto, proibivano però la ripetizione. Il progetto del Codice (art. 17) avea seguito quest'ultima opinione; però fu giustamente censurato di incoraggiare il debitore a procrastinare quanto più fosse possibile il pagamento della rendita, e di violare la legge generale delle convenzioni, le quali devono essere assolutamente *libere* purchè non offendano la legge o i buoni costumi (2). Gli è vero che la convenzione, come saggiamente ha osservato Troplong, modifica in certo modo la *natura del* contratto, in quanto che lo *fa sopravvivere alla* persona durante la *cui vita* deve pagarsi la rendita (3). Ma infine essa ha il suo lato utile, e, non essendo per sè stessa illecita, bisognava validarla. Del resto, è appena necessario far notare che il creditore della rendita o i suoi eredi non hanno dritto di esigere, oltre la rata pagata o da pagarsi anticipatamente, la rendita in proporzione del numero dei giorni trascorsi durante il termine in cui quella si estingua (4). Le annualità sono pagate anticipatamente per tutto il termine; non si può dunque farle ancora pagare per una parte.

775. Quando la rendita è pagabile anticipatamente, si ritiene generalmente che il creditore o i suoi eredi non abbiano dritto al pagamento della rata se non quando la persona sulla cui vita è costituita abbia vissuto fino all'ultima ora del

(1) *Vedi* Pothier (n. 248).
(2) Fenet (t. XIV, p. 551 e 563); Locrè (t. XV, p. 190, 206 e seg.).
(3) Troplong (n. 330).
(4) *Vedi* Duranton (n. 175).

giorno fissato per la scadenza; fondandosi sul principio, ammesso già dal dritto romano, che allorquando un debito è pagabile a giorno fisso, l'ultimo giorno del termine, o il giorno della scadenza appartenga per intero al debitore (art. 161 e 162 (160 e 161) del Codice di commercio) (1). Ma non perchè il debitore ha tutto il giorno della scadenza per liberarsi, e non si può costringerlo al pagamento se non la dimane, bisogna dire che la somma non sia acquistata dal creditore fin dalla prima ora del giorno della scadenza: *stipulatio committitur*, avrebbero detto i giureconsulti romani. Basta dunque che la persona sopravviva un istante in questo giorno. Se si accorda al debitore questo termine di grazia, non è questa certo una ragione per dire che il debito non sia ancora esigibile; una pruova anzi della sua esigibilità risulta da ciò che, in materia di titoli ad ordine, il possessore deve esigerne il pagamento nel giorno appunto della scadenza (art. 161 (160) del Codice di commercio): sicchè, a contare dal primo momento di questo giorno, non vi è più termine (2).

776. Aggiungiamo, da ultimo, che le parti possono anche, senza stipulare che la rendita debba pagarsi anticipatamente, convenire che l'annualità corrente nel tempo in cui si estingue la rendita sia dovuta per intero e pagabile alla scadenza ordinaria.

1981 (1853). — Non può stipularsi che la rendita vitalizia non sia soggetta a sequestro, se non quando sia stata costituita a titolo gratuito.

SOMMARIO.

I. 777. La rendita vitalizia, siccome un valore che accresce le entrate del creditore, è sottoposta alle regole generali di trasmissione e di sequestro. — 778. Ma l'art. 1981 (1853) permette alle parti di modificare queste regole per convenzione; — 779. Almeno nel caso in cui la rendita sia costituita a titolo gratuito. — 780. Continuazione. — 781. Nel caso in cui la rendita è insequestrabile, il debitore non può opporre la compensazione per dispensarsi di pagare le annualità. — 782. La quistione se la rendita possa cedersi si risolve colla medesima distinzione.

I. — 777. La rendita vitalizia costituita a titolo oneroso o gratuito, come qualunque altro bene, forma parte del patrimonio del creditore, accresce le sue entrate, e deve per conseguenza essere soggetta alle regole generali di trasmissione e di sequestro. Il creditore adunque può cederla ad un terzo, la quale operazione, come sopra vedemmo, (n. 754), è sottoposta alle regole del dritto comune, e non alla derogazione dell'art. 1978 (1850). In alcuni casi anzi la rendita trasmettesi di pieno dritto da una persona ad un'altra (*sopra*, nn. 688, 694 e seg.). Inoltre, poichè la rendita vitalizia è un bene come qualunque altro, va compresa pure nella generalità dei termini degli articoli 2092 e 2093 (1962 e 1963), e possono quindi sequestrarsene le annualità, o espropriarsi (3).

778. È questo il dritto comune quando le parti non abbiano fatto alcuna stipulazione particolare. La quistione se vi si possa introdurre qualche modificazione per effetto della convenzione è risoluta dall'art. 1981

(1) Troplong (n. 336); Aubry e Rau (t. III, p. 423, nota 1); Taulier (t. VI, p. 510).

(2) Tribunale di Marmande, 2 dicembre 1857 (Dalloz, 57, 5, 281).

(3) Caen, 21 giugno 1814 (S. V., 14, 2, 397; *Coll. nov.*, 4, 2, 395; Dalloz, 15, 2, 2); Parigi, 2 genn. 1823 (S.V., *Coll. nov.*, 25, 2, 5; 7, 2, 148; Dalloz, 24, 2, 110).

(1853) con una distinzione tra la rendita vitalizia costituita a titolo oneroso e quella costituita a titolo gratuito.

Nel primo caso, i creditori hanno un dritto assoluto, che non può essere ristretto con alcuna clausola; e il sequestro si estende non solo alle annualità già scadute, ma a quelle da scadere, ed anche alla rendita stessa, considerata come ente morale, la quale può farsi vendere dai creditori per dividersene il prezzo. Infatti è manifesto che, siccome non può togliersi ad alcuno la facoltà di contrarre debiti, così non potrà negarsi ai suoi creditori il dritto di farsi pagare sopra i suoi beni. Senza di ciò, sarebbe assai facile farsi giuoco dei creditori e mettere le proprie sostanze al coverto dai loro procedimenti.

779. Al contrario, quando la rendita vitalizia sia costituita a titolo gratuito, è stato sempre permesso dichiararla insequestrabile. Il donante o il testatore, liberi di non fare la liberalità, hanno potuto, facendola, apporvi quella restrizione che hanno stimato a proposito; senza per questo arrecare alcun danno ai creditori del donatario, essendo libero di non dar nulla al loro debitore: eglino adunque non avranno di che dolersi. Per altro, il nostro articolo in questo punto non fa che applicare il terzo paragrafo dell'art. 581 (671) del Codice di procedura, il quale dichiara insequestrabili le somme e gli oggetti disponibili dichiarati tali dal testatore o donante.

Arroge che il quarto paragrafo del medesimo articolo accorda il medesimo privilegio alle somme e pensioni per alimenti, quand' anche il testamento o l' atto di donazione non ne abbia vietato il sequestro, presumendosi in tal caso di pieno dritto la condizione della insequestrabilità.

Nondimeno l'art. 582 (672) del medesimo Codice apporta una restrizione alla clausola permessa dal nostro articolo e dall'art. 581 (671): i creditori posteriori all'atto di donazione o all'apertura del legato possono sequestrare, in forza di permesso del giudice, e per la porzione che egli determinerà.

780. Però, non bisogna perder d'occhio che la insequestrabilità è permessa dalla legge, nè può utilmente stipularsi se non quando trattisi di rendita vitalizia costituita a titolo puramente gratuito. La stipulazione adunque non potrebbe nemmeno farsi nel caso di rendita vitalizia riservatasi da un donante come condizione della fatta donazione. Allora infatti non saremmo più nei termini del nostro articolo, il quale deve rigorosamente applicarsi nel caso in cui l'autore della liberalità si costituisca o costituisca il suo erede debitore della rendita in favore di un terzo, e nel caso specialmente preveduto dall' art. 1973 (1845). Quando la rendita vitalizia sia un *carico* imposto a proprio vantaggio dal donante al donatario, non vi ha più l'atto di pura liberalità cui riflette la disposizione del nostro articolo, anzi in tali *atti devesi* tanto meno tollerare la clausola *di insequestrabilità*, in quanto che col *mezzo di alienazioni* successive, fatte sotto *la* medesima condizione, il donante potrebbe di leggieri sottrarre tutti i suoi beni all'azione dei suoi creditori, annullando così il dritto di pegno generale consacrato dall'art. 2092 (1962). La Corte di Rennes ha giudicato dunque con molta esattezza, doversi considerare come a titolo oneroso la rendita vitalizia stipulata come condizione dell'abbandono di tutti i suoi beni fatto da una madre in favore dei figli, e non potersi quindi dichiarare non soggetta a sequestro (1).

In questo medesimo ordine di idee, dobbiamo dire che il venditore non potrebbe utilmente stipulare la insequestrabilità di una rendita vitalizia riservatasi sul prezzo, quand'anche la rendita fosse riservata a titolo di pensione alimentaria. L'art. 581, 4°, (671) del Codice di procedura, dichiarando non soggette a sequestro le somme e le pensioni a titolo di alimenti, ha avuto uni-

(1) Rennes, 23 luglio 1840 (S. V., 41, 2, 422; Dalloz, 41, 2, 233).

camente di mira, come sorge dal medesimo testo, le somme e le pensioni date da terzi a titolo gratuito.

781. Quando le parti abbiano stipulato non soggetta a sequestro la rendita vitalizia, o quando essa sia dichiarata tale dalla legge, il debitore non può, presentandosene il caso, opporre la compensazione al creditore per liberarsi dal pagamento delle annualità (arg. dall'art. 1293, 3°, (1247)). In tal modo egli si porrebbe, senza ragione, in una condizione migliore di quella degli altri creditori, poichè riuscirebbe indirettamente a farsi pagare sopra un bene legalmente sottratto alla loro azione. Bisogna nondimeno escludere il caso in cui il debitore sia divenuto creditore posteriormente all'atto di donazione o all'apertura del legato: allora infatti potrebbe far ammettere dal giudice una compensazione parziale, in forza dell'art. 582 (672) del Codice di procedura.

782. L'art. 1981 (1853) parla soltanto della clausola di insequestrabilità, e la dichiara valida quando sia scritta in una costituzione di rendita vitalizia a titolo gratuito; ma non dice nulla della clausola di non potersi cedere. Or non è dubbio che il dritto di cessione può restringersi nelle mani dei creditore della rendita, siccome il dritto di sequestro può essere ristretto nelle mani dei suoi creditori; però colle medesime distinzioni. Quindi potrà dichiararsi non capace di cessione la rendita vitalizia, quando sia sostituita a titolo gratuito. Ma questo divieto non può riguardare che il dritto in sè stesso; essendo libero il creditore di cedere le annualità che debbono scadere: quanto a quelle scadute non è dubbio, poichè formano nelle sue mani un capitale di cui può anche liberamente disporre (1).

Ciò quanto alla rendita costituita a titolo gratuito. — Ma se fosse a titolo oneroso, sarebbe inutile inserire nel contratto la clausola che ne vieti la cessione, perchè non obbligherebbe nè il debitore della rendita, il quale non ha interesse ad opporsi alla cessione, avendo ricevuto il prezzo della rendita, nè il creditore medesimo, il quale non ha potuto con anticipazione vincolare la sua libertà (2).

1982 (1854). — Non si estingue la rendita vitalizia colla morte civile del proprietario: dee continuarsene il pagamento, durante tutta la sua vita naturale *.

SOMMARIO.

I. 783. Modi di estinzione della rendita: 1° la morte. — 784, 785, 786. Quid se il debitore uccida la persona sulla cui vita è costituita la rendita? — 787. 2° La prescrizione: censura di due decisioni. — 788. 3° Diversi altri modi.

I. — 783. Dopo la legge dei 31 maggio 1854 che abolisce la morte civile, il nostro articolo 1982 (1854) non ha più oggetto. Però a questo punto ci si offre spontaneamente la quistione in quali modi si estingua la rendita vitalizia. Il primo, il più ordinario e più naturale, è la morte della persona o delle persone sulla cui vita

(1) Rouen, 29 genn. 1829 (S. V., 30, 2, 149; *Coll. nov.*, 9, 2, 197; Dalloz, 33, 2, 195).

(2) Orléans, 6 agosto 1841 (S. V., 41, 2, 575); Ric., 1° marzo 1843 (S. V., 43, 1, 345; Dalloz, 43, 1, 101).

* Le abolite *leggi penali* del 1819, ed oggi il *Codice penale italiano* chè ci governa, non comprendono tra le pene criminali la *morte civile*. E però il corrispondente articolo 1854 delle nostre *leggi civili* è così concepito: « Non si estingue la rendita vitalizia colla condanna a pena perpetua del proprietario: dee continuarsene il pagamento, durante tutta la sua vita. »

In Francia la morte civile fu abolita nel 1854.

è costituita la rendita. Ciò sorge dalle parole finali del nostro articolo, non che dai termini dell'art. **1980** (**1852**) : il legislatore stimò inutile esprimere formalmente tal conseguenza, che risulta dai principi medesimi e dalla natura del contratto.

Quando la rendita sia costituita sulla vita del medesimo creditore, si estingue colla sua morte, salvo il dritto dei suoi eredi di reclamare le annualità corse fino alla morte, ed anche l'intera rata anticipata, se, essendosi convenuto di pagarsi anticipatamente, non sia stata ancora pagata, o se siasi convenuto doversi pagare per intero l'annualità corrente.

Quando la rendita sia costituita sulla vita di un terzo che non ha alcun dritto a goderne, si estingue colla morte, non già del creditore, ma della persona indicata. Se dunque questa sopravviva, dovrà continuarsi il pagamento della rendita a vantaggio degli eredi o dei rappresentanti del creditore.

Infine, quando la rendita sia costituita sulla vita di più persone e a loro proprio vantaggio, o sulla vita di più persone estranee al contratto, essa, per regola generale, non si estinguerà se non colla morte di tutte, di guisachè la morte di una non impedisce che la rendita sussista per intero a favore dei sopravviventi : di ciò abbiamo già precedentemente parlato (*sopra*, numeri 691 e seg.).

784. Del resto, la rendita si estingue colla morte del creditore o di coloro sulla cui vita è costituita, qualunque sia la causa della morte : è questo il principio. Laonde, sia che il creditore della rendita disponga della sua vita con un suicidio, sia che perisca vittima di un crimine o di una imprudenza commessa da un terzo, l'obbligazione di pagare le annualità cessa, salvo. in quest'ultimo caso. l'azione di responsabilità contro l'autore del reato.

Il solo caso in cui possano nascere dubbi è quello in cui il debitore, volendo liberarsi dal pagamento e affrettare la estinzione della rendita, abbia volontariamente data la morte al creditore o alla persona sulla cui vita sia quella costituita. Si è detto in tesi assoluta, che in tal caso il contratto si risolva in virtù del principio dell'art. **1184** (**1137**) (1). Ma noi non crediamo potersi questa soluzione applicare in tutti i casi.

Certamente, quando la rendita vitalizia sia costituita a titolo oneroso, la risoluzione del contratto, che obbliga il debitore a restituire tutto ciò che ha ricevuto, è il mezzo più naturale e più giusto di risarcire gli eredi del creditore. Gli è vero che la condizione da cui dovea dipendere la liberazione del debitore si è verificata per fatto di lui; di guisachè, sotto questo aspetto, sarebbe il caso di applicare l'art. *1178* (**1131**), e riguardare la rendita come se ancora sussistesse. Ma ciò darebbe luogo a tanti pericoli ed inconvenienti. Mancando la persona sulla cui vita è *costituita la rendita*, dovrebbesi arbitrariamente fissare *il* tempo in cui debba continuarsi il pagamento delle annualità. Però a questo pericolo si rimedia colla risoluzione, e si punisce nel tempo stesso in modo più sicuro ed efficace l'avaro e colpevole debitore, obbligandolo a restituir tutto. In questo caso adunque, ben si è apposta la giurisprudenza valendosi di questo mezzo (2), aggiungendo anzi, ed a ragione, che il debitore della rendita, per effetto della risoluzione, debba non solo restituire tutto ciò che ha ricevuto, ma pagare le annualità fino al giorno del reato.

Però, non ostante la opinione di Troplong, non ci spingeremo a dire che, nel caso di costituzione della rendita a titolo oneroso, debba la risoluzione colpire i terzi acquirenti degli immobili alienati mediante la rendita vitalizia (3). Noi crederemmo più equo, in tal caso, applicare per analogia l'art. 958 (883) del Codice Napoleone, *il*

(1) Troplong (n. 333); Toullier (t. VI, p. 511).
(2) Poitiers, 13 nevoso anno 10 (S.V., 2, 2, 129; *Coll. nov.*, 1, 2, 45; Dalloz, *Racc. alf.*, XI, 379); Parigi, 18 genn. 1811 (S.V., 11, 2, 81; *Coll. nov.*, 3, 2, 395; Dalloz, 11, 2, 205); Amiens, 10 dic. 1840 (S. V., 43, 2, 3; Dalloz, 43, 2, 123).
(3) Troplong (n. 334).

quale, nel caso di revoca delle donazioni per causa di ingratitudine, dispone che la rivocazione non pregiudica nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli abbia potuto imporre sulle cose donate, e che, in questo caso, il donatario dev'esser condannato a restituire il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda, ed i frutti raccolti dal giorno della stessa domanda.

785. Ed ora, veniamo al caso in cui la rendita sia costituita a titolo gratuito. — Se la rendita sia stata riservata da un donante in proprio vantaggio come peso di una liberalità, non è dubbio che al donatario che uccida il donante dovranno applicarsi le disposizioni degli art. 955 (880) e seguenti, relativi alla revoca delle donazioni per causa di ingratitudine.

786. Se invece la rendita sia stata l'oggetto esclusivo della donazione o del testamento, è parimente indubitato non potersi applicare la risoluzione, non essendosi nulla dato in cambio della rendita. I tribunali allora, per la forza medesima delle cose, saranno obbligati ad accordare danni interessi agli eredi, sia condannando il debitore a pagare una somma per una sola volta, sia stabilendo un periodo di tempo in cui debba continuarsi il pagamento della rendita. Ciò vale anche nel caso dell'art. 1973 (1845).

Questa medesima soluzione dovrebbe pure applicarsi nel caso di una costituzione ordinaria a titolo oneroso, se per circostanze speciali fosse impossibile pronunziare la risoluzione, di cui parlammo nel n. 784. Questo caso avvenne nella specie giudicata dalla Corte di Amiens in una delle decisioni citate sotto quel numero. La rendita vitalizia era il prezzo di un usufrutto stabilito sopra un immobile di cui il debitore era nudo proprietario; sicchè non era possibile far ritornare nelle mani degli eredi un usufrutto già estinto per la morte dell'usufruttuario, resistendovi la natura stessa dell'oggetto che dovea restituirsi: la Corte dunque dovette condannare il debitore a continuare il pagamento della rendita.

787. Il dritto di esigere il pagamento di una rendita vitalizia, la rendita in sè stessa, si estingue pure, come qualunque credito in generale, colla prescrizione di trent'anni (art. 2262 (2168)). Le Corti di Metz e di Lyon hanno manifestamente sconosciuto la verità giuridica, giudicando che il dritto in sè stesso sia imprescrittibile, poichè la rendita non ha capitale, ma si compone di semplici annualità, e poichè l'art. 2257 (2163) non fa correre la prescrizione, riguardo ad un credito condizionale, sino a che la condizione siasi verificata, diguisachè non potrà colpire le annualità che devono scadere (1). Ma gli scrittori hanno generalmente respinto questa dottrina, perchè contraria ai principî del Codice: ed infatti, sebbene la durata del credito di cui trattasi dipenda da un avvenimento futuro ed incerto, pure il credito per sè stesso è puro e semplice finchè dura, e quindi deve cadere sotto la regola generale dell'art. 2262 (2168) (2).

È anchè generalmente ammesso che la prescrizione corra dal giorno medesimo dell'atto di costituzione, se non si sia mai pagata alcuna annualità, e, in caso contrario, dal giorno dell'ultimo pagamento (3).

Le annualità scadute prescrivonsi col decorso di cinque anni, in virtù dell'art. 2277 (2183); la morte del creditore della rendita prima dei cinque anni non interrompe la prescrizione (4).

788. Aggiungiamo da ultimo, che la rendita vitalizia può anche estinguersi colla novazione, col riscatto volontario consentito dal creditore, colla remissione fattane al debitore, e colla confusione.

(1) Metz, 28 aprile 1819 (S. V., 20, 2, 12; *Coll. nov.*, 6, 2, 61; Dalloz, 20. 2, 3); Lyon, 5 aprile 1824 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 343).

(2) Tolosa, 23 genn. 1828 (S. V., 29, 2, 260; *Coll. nov.*, 9, 2, 22; Dalloz, 29, 2, 135).

(3) *Vedi*, intorno a ciò, Marcadè (art. 2263 (2169)).

(4) Bordeaux, 21 marzo 1846 (S.V., 46, 2, 345; Dalloz, 49, 2, 108; J. P., 1849, t. I, p. 88).

1983 (1855). — **Il proprietario di una rendita vitalizia non può chiedere le annualità, se non giustificando l'esistenza sua, o della persona sopra a cui vita è stata costituita.**

SOMMARIO.

I. 789. La legge non determina alcun modo speciale per giustificare l'esistenza, salvo per le rendite sullo Stato. — 790. Rimando all'art. 135 (141).

I. — 789. Abbiamo veduto che il creditore non può esigere il pagamento delle annualità se non finchè viva la persona sulla cui vita è stata costituita la rendita. Adunque la esistenza di tal persona è la condizione medesima del dritto; e bisogna quindi che il creditore giustifichi al debitore la esistenza della persona sino all'ultima ora del giorno in cui riceve le sue annualità. Egli dovrà dunque, se la rendita sia costituita sulla sua vita, provare la sua esistenza al debitore che può non conoscerlo personalmente; e se sia costituita sopra la vita di un terzo, giustificare la esistenza di costui. In un sol caso può esimersi dall'obbligo della pruova, quando cioè la rendita sia costituita sulla vita del debitore medesimo che deve pagarne le annualità.

Poichè il nostro articolo non determina alcun modo speciale per fare questa giustificazione, si ritiene generalmente che spetta ai giudici colla loro prudenza valutare le pruove della esistenza reale del creditore o della persona sopra la cui vita è costituita la rendita (1). Però d'ordinario la pruova della esistenza suol farsi con un certificato di vita.

Per le rendite tra privati, la legge dei 6-27 marzo 1791, artic. 11, attribuisce la competenza di rilasciare tali certificati ai presidenti dei tribunali di prima istanza e ai sindaci; ma non essendo ciò stabilito sotto pena di nullità, potranno anche cotesti certificati farsi nella forma ordinaria degli atti notarili.

Per le rendite vitalizie o pensioni dovute dallo Stato, i decreti degli 11 e 25 settembre 1806, ed un'ordinanza dei 6 giugno 1839, attribuiscono ad alcuni *notari certificatori* competenza esclusiva *di rilasciare* con forme speciali i certificati di vita.

Non crediamo per altro, che i certificati rilasciati dai notari certific*atori nella forma* voluta dal citato decreto siano *senza valore* nel caso di costituzione di rendita tra privati. Nondimeno la Corte di cassazione ha giudicato inefficace il certificato di vita rilasciato da un notaro certificatore, solo e senza testimoni, poichè i certificati così rilasciati valgono unicamente quando trattisi di rendite sullo Stato (2). Ma in ciò, secondo noi, havvi eccesso di rigore. Infatti, non essendo per regola generale stabilito dalla legge alcun modo speciale per provare la esistenza della rendita quando trattisi di rendite tra privati, non vediamo perchè il certificato di un notaro certificatore non dovrebbe far fede quanto quello del sindaco di cui parla la legge del 1791, quand'anche non sia fatto nella forma ordinaria degli atti notarili.

In qualunque caso, quando il creditore della rendita voglia procedere a mezzi di esecuzione, per esempio, ad un sequestro, dovrà dare all'usciere un certificato in buona

(1) Ric., 18 giugno 1817 (S.V., 17, 1, 288; *Coll. nov.*, 5, 1, 333; Dalloz, 18, 1, 409).

(2) Rig., 19 nov. 1817 (S. V., 18, 1, 85; *Coll. nov.*, 5, 1, 385; Dalloz, 17, 1, 567).

e debita forma, e farlo notificare col precetto; altrimenti il procedimento potrebbe essere dichiarato nullo (1).

790. Non facendosi la giustificazione richiesta dal nostro articolo, la domanda del creditore sarebbe respinta.

Per altro, il debitore potrà negarsi al pagamento della rendita, se divenga incerta la esistenza del creditore o della persona sulla cui vita quella è costituita: in tal caso dovrà al creditore della rendita o ai suoi rappresentanti applicarsi la regola dell' art. 135 (141) del Codice Napoleone. Conseguentemente, dal giorno in cui havvi presunzione di assenza, si sospenderà il pagamento delle annualità, senza bisogno di provare la morte. Se lo stato d'incertezza duri per trenta anni, la rendita si estingue; se duri meno, non si estinguerà il dritto, ma le annualità saranno dovute per cinque anni soltanto. Invano il creditore avrebbe ad ogni cinque anni spinto una domanda di pagamento per interrompere la prescrizione e far valere il suo dritto, in caso di ritorno della persona: la sua domanda sarebbe stata ogni volta inammessibile, e quindi non si è potuto interrompere la prescrizione nè pel dritto medesimo, nè per le annualità (art. 2247 (2153)).

(1) *Vedi* le decisioni sopra citate dei 18 giugno e 19 nov. 1817. — *Junge:* Parigi, 17 genn. 1840 (S.V., 40, 2, 53). — *Vedi* pure Aubry e Rau (t. III, p. 423, nota 3).

TITOLO XIII (XIV).

DEL MANDATO.

(Decretato li 10 marzo 1804. — Promulgato li 20).

SOMMARIO.

I. 791. Origine e principio del contratto di mandato. — 792. Sua utilità. — 793. Distinzione tra il contratto civile e il contratto commerciale di mandato. — 794. Divisione di questo titolo.

791. Come sopra abbiam detto (n. 571), i compilatori del Codice in questo titolo riprendono la serie dei contratti di beneficenza, interrotta nel titolo precedente. Il *mandato*, compreso da Pothier, insieme col prestito ad uso, col prestito di consumo e col deposito, sotto il titolo comune di *Contratti di beneficenza*, ha infatti origine nella confidenza e in un sentimento di buon volere. D'onde la etimologia comunemente ammessa della parola mandato (*mandatum, a manu data*). Il mandatario poneva la sua mano, simbolo della fedeltà presso gli antichi, in quella del mandante, quando questi affidavagli il maneggio di un affare. Di quest'uso ci fanno testimonianza i teatri di Plauto (1) e di Terenzio (2).

792. L'utilità di tal contratto manifestasi da sè stessa. Qualunque sia l'attività, la forza, la intelligenza di un uomo, spesso gli riesce impossibile, in uno stato di civiltà alquanto avanzata, provvedere da sè stesso a tutti i proprî affari. Egli allora è obbligato di confidarsi in un altro uomo, a cui dà il mandato di *rappresentarlo*.

793. Questa rappresentazione può avvenire in due modi :

1. Il mandatario può rappresentare il mandante in modo che la operazione giuridica conchiusa da lui, *rappresentante*, produca direttamente e *immediatamente* i suoi effetti nella persona del mandante, rappresentato, come se quest'ultimo avesse agito da sè stesso. Ed è questo il contratto civile di *mandato*, regolato dagli art. 1984 a 2010 (1856 a 1882) del Codice Napoleone, che dobbiamo ora commentare.

2. Il mandatario può anche rappresentare il mandante in modo che gli effetti della operazione da lui conchiusa avvengano prima nella sua persona, e passino quindi mediatamente o indirettamente nel mandante o rappresentato. Ed è questo il contratto commerciale di *commissione*, regolato dagli art. 91 (87) e seguenti del Codice di commercio.

Nel primo caso, il mandatario agisce non solo per conto, ma anche in nome del mandante, che obbliga verso i terzi coi quali contratta, senza obbligarsi egli personalmente. Nel secondo, il mandatario agisce per conto, ma non più in nome del man-

(1) Plauto (*Captivi*, v. 439 e seg., atto II, scena 3ª).
(2) Terenzio (*Heautontimorumenos*, v. 493 e seg., atto III, scena 1).

dante, bensì nel suo proprio nome, obbligandosi personalmente verso i terzi.

Tutto all' opposto di quel che avviene presso di noi, in dritto romano ammettevasi soltanto quest'ultimo modo di rappresentazione per gli affari che noi chiameremmo civili; al contrario, nelle operazioni commerciali, erasi introdotto il primo modo colla istituzione pretoria delle azioni dette *institoria* ed *exercitoria*.

794. I compilatori del Codice Napoleone hanno diviso la materia del *Mandato* in quattro capitoli, in cui parlasi successivamente : 1° della natura e della forma del mandato (art. 1984 a 1990 (1856 a 1862)); 2° delle obbligazioni del mandatario (1991 a 1997 (1863 a 1869)) ; 3° delle obbligazioni del mandante (1999 a 2002 (1870 a 1874)); 4° infine, delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato (2003 a 2010 (1875 a 1882)). Seguiremo questo medesimo ordine nel nostro commentario.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA NATURA E DELLA FORMA DEL MANDATO.

SOMMARIO.

795. Sguardo generale e divisione.

795. Questo primo capitolo del titolo *Del Mandato* è stato generalmente oggetto di censure, che, a dir vero, non mancano nè di giustezza nè di verità. La compilazione degli articoli è imperfetta; l'ordine in cui sono esposti è poco metodico; sonvi infine delle lacune a colmare. Nondimeno ci asterremo dal fare fin da ora particolari osservazioni, che dovremo naturalmente esporre mano mano che se ne presenterà l'occasione. Eviteremo del pari, per quanto è possibile, di modificare la disposizione degli articoli, attenendoci al disegno della legge, sebbene non molto esatto, poichè per sostituirvene un altro si dovrebbe sconvolgere l' ordine degli articoli che dobbiamo commentare. Pertanto, prenderemo argomento dall' art. 1984 (1856) per definire il mandato e determinare le condizioni essenziali necessarie alla esistenza o alla validità del contratto; dall' art. 1985 (1857) per parlare delle condizioni di forma e della pruova del mandato; dall' art. 1986 (1858) per indicare la natura e il carattere del contratto; dagli art. 1987 a 1989 (1859 a 1861) per esaminare le diverse specie di mandato e stabilirne la estensione; infine, dall' art. 1990 (1862) per trattare della capacità in questa materia.

1984 (1856). — Il *mandato* o la *procura* è un atto col quale una persona dà ad un'altra la facoltà di fare qualche cosa per essa, ed in suo nome.

Il contratto non è perfetto se non coll'accettazione del mandatario.

SOMMARIO.

I. 796, 797. *Significati diversi delle parole* mandato, procura. — *798. Definizione del contratto di mandato. — 799. È un contratto del dritto delle genti;— 800. Consensuale;— 801. Sinallagmatico imperfetto. — 802. La stipulazione di un salario non lo trasforma in contratto sinallagmatico. Rimando.— 803. Il mandato appartiene alla classe dei contratti di beneficenza.*

II. 804. *Condizioni essenziali necessarie alla esistenza e validità del mandato : divisione.*

III. 805. *Condizioni che ha in comune con tutti gli altri contratti in generale : — 806.* 1° Consenso : *la sua esistenza di fatto è necessaria per la esistenza medesima del contratto. — 807. I vizi del consenso influiscono unicamente sulla validità del contratto. — 808. Il consenso di colui che si incarica del negozio vien detto* accettazione.— *809.* 2° Oggetto : *l'oggetto del mandato è un atto che il mandatario si obbliga a fare. — 810. Però dev' essere un atto giuridico ; qualunque atto giuridico, salvo alcune condizioni, può essere oggetto di un mandato. — 811.* Quid *dell'atto che, secondo la legge, deve essere fatto dalla persona medesima cui interessa : prestazione di giuramento; presentazione dei coniugi innanzi al presidente prima della domanda di separazione; atto di matrimonio? — 812. Il mandante deve reputarsi aver compito da sè stesso l'atto giuridico; — 813. E deve anche potersi supporre, senza assurdità, che l'atto sia stato compito dal mandatario. — 814. Ma una persona che non potrebbe fare taluni atti per proprio conto può essere incaricata di farli per conto altrui. — 815. L'atto giuridico non deve essere nè del tutto incerto; — 816. Nè contrario alle leggi o ai costumi. — 817. Nondimeno il mandato che abbia per oggetto una cosa non vietata assolutamente dalla legge, ma vietata al mandante per un interesse speciale, può non esser nullo: esempio. — 818. L'atto giuridico che forma oggetto del mandato riguarda d'ordinario l'interesse del solo mandante; può nondimeno darsi il mandato nello interesse comune sia del mandante e di un terzo, sia del mandante e del mandatario.— 819. Ma il mandato conferito nello interesse esclusivo di un terzo sarebbe inefficace: controversia. — 820. Se fosse dato nello interesse esclusivo del mandatario, sarebbe non più un mandato, ma un consiglio , una raccomandazione : rimando. — 821.* 3° Causa : *è sempre la beneficenza : rimando.— 822.* 4° Capacità : *è una condizione necessaria, se non per la esistenza, almeno per la validità del contratto: rimando.*

IV. 823. *Condizioni essenziali , speciali al mandato. — 824. 1° L'idea di mandato porta seco necessariamente l'idea di una rappresentazione giuridica.— 825 Esame della dottrina la quale, applicando i principi del dritto romano , crede che il carattere distintivo del mandato consista nell'essere gratuito , e nella natura o qualità dei fatti che debbonsi compiere dal mandatario : confutazione. — 826 Conchiusione. — 827. 2° Non basta una qualunque rappresentazione giuridica : vuolsi che il rappresentante agisca in nome del rappresentato, e non in suo proprio nome. — 828. Quando il rappresentante agisce in suo proprio nome. il contratto costituisce non già il mandato propriamente detto , ma la commissione — 829. Del resto, questa distinzione non ha interesse se non nei rapporti del contraente coi terzi: rimando.*

V. 830. *Differenze e relazioni del mandato con altre convenzioni : — 831. Colla locazione d'opera, col deposito, colla fidejussione e colla società ; — 832. Colla commissione, colla preposizione. colla senseria. — 833. Del prestanome e del gestore d' affari : rimando. — 834. A differenza del mandato, il consiglio o la raccomandazione non produce nè obbligazione, nè responsabi-*

tità. — 835. In tesi generale, nel dubbio devesi supporre il consiglio.—836. Continuazione ed applicazioni.—837. Nondimeno il consiglio è una causa di responsabilità, quando sia stato dato di mala fede; ma non dà luogo a responsabilità se non in questo caso soltanto.—838. Continuazione.—839. La regola deve anche applicarsi nel caso che il consiglio sia stato dato da un notaro. — 840. Applicazioni.

I. 796. La parola *mandato* è capace di vari e differenti significati. Lasciando da canto quelli che le si possono attribuire nel linguaggio volgare, e stando soltanto a quelli che le si dànno nella lingua del dritto, possiamo contarne fino a sei.

In un primo significato, che è quello datole dai compilatori del codice Napoleone nella rubrica e in parecchie disposizioni di questo titolo, *mandato* significa il contratto fatto tra colui che incarica una persona di agire in suo nome, e colui che accetta lo incarico. È questo il significato più giuridico; e se più ricca fosse stata la nostra lingua, avrebbe dovuto essere il solo. Tutti gli altri vi si riferiscono più o meno indirettamente.

La parola *mandato* indica pure, in un significato più largo, non solo il contratto civile regolato dagli articoli 1984 a 2010 (1856 a 1882) del Codice Napoleone, ma il contratto commerciale di commissione regolato dagli art. 91 (87) e seguenti del Codice di commercio; noi però eviteremo di adoperarla in questo senso, onde non mettere la confusione nelle idee, e faremo di tutto per distinguere sempre questi due contratti.

In un terzo significato, la parola *mandato* esprime non più il contratto, l'accordo delle volontà, ma solo la *facoltà* conferita da una persona ad un' altra di fare qualche cosa in suo nome. Il legislatore l'adopera in questo senso nel nostro e nel seguente articolo. *Mandato* allora è sinonimo di *procura*, che spesso si usa per indicare questa medesima facoltà.

Un quarto significato, assai esteso nella pratica, si dà alla parola mandato, ed indica l'atto, *instrumentum*, la scrittura con cui provasi il potere conferito. In questo caso ancora si adoperano indifferentemente le parole *mandato* o *procura*.

Ciò in quanto al dritto civile. — Ma la medesima parola ha pure un significato diverso, sia in dritto criminale, in cui serve ad indicare taluni ordini emanati da magistrati che ne hanno il potere (*mandato* di comparizione, di accompagnamento, di deposito, di arresto), sia in dritto commerciale, in cui s' intende per l'ordine di pagamento dato da una persona ad un' altra per fare le sue riscossioni.

797. La parola *procura*, come scorgesi chiaramente da ciò che abbiam detto, ha pure due significati: ora indica la facoltà di rappresentare, ora l' atto che contiene e prova questa facoltà.

798. Così determinato il significato della parola, bisogna ora definire il contratto. Secondo il nostro articolo, « il mandato o la procura è un atto col quale una persona dà ad un'altra la facoltà di fare qualche cosa per essa ed in suo nome. » Ma siffatta definizione, giustamente censurata da tutti gli scrittori, si addice piuttosto all'atto, alla scrittura con cui provasi la facoltà conferita al mandatario, anzichè al contratto medesimo di mandato, di cui non indica sufficientemente i caratteri. Cercheremo adunque determinare con più chiarezza la cosa che bisogna definire, e supplendo alla insufficienza e alle lacune del nostro articolo, diremo che il mandato è un *contratto* col quale una delle parti conferisce all'altra, *che si obbliga di adempirla*, la facoltà *di rappresentarla* facendo uno o più atti giuridici per essa ed in suo nome. Non ignoriamo che questa definizione si allontani dall' opinione di alcuni giureconsulti, i quali non ammettono che sia proprio del mandato conferire al mandatario un incarico sempre e necessariamente rappresentativo (1). Però, salvo a ritornare

(1) *Vedi* specialmente Troplong (*Del Mandato*, n. 8).

quanto prima su questo punto, onde stabilire ciò che ora ci contentiamo di formulare (*infra*, nn. 824 e seg.), diremo intanto che la nostra definizione indica con precisione i caratteri proprî e distintivi del mandató *civile* di cui qui dobbiamo unicamente occuparci. Per altro, in questa definizione racchiudesi in germe tutta la teoria che dobbiamo mano mano esporre, parlando delle condizioni necessarie alla esistenza ed alla validità del contratto.

Vediamo pria di tutto a qual classe di contratti appartenga il mandato.

799. Ed in prima, esso è un contratto del dritto delle genti: vedremo infatti, spiegando l'art. 1985 (1857) (nn. 843 e seg.), che il dritto civile non lo sottopone ad alcuna forma particolare.

800. È inoltre un contratto *consensuale*, poichè formasi col solo consenso delle parti, senza bisogno di quella tradizione preventiva che abbiamo riconosciuto necessaria nei contratti di prestito, di deposito, di rendita vitalizia (*sopra*, nn. 12, 392, 571).

801. È un contratto *sinallagmatico imperfetto*, in quanto che, delle due persone che concorrono alla formazione del contratto, una sola. cioè il mandatario, è obbligata direttamente e necessariamente; mentre l'altra, cioè il mandante, lo è indirettamente e per effetto di circostanze ulteriori che possono o no effettuarsi; diguisachè potrà ben darsi che non sia mai obbligata. L'obbligazione *necessaria* del mandatario è quella che contrae colla sua accettazione, di fare la cosa di cui è incaricato e renderne conto: mancando tale obbligazione, non vi sarebbe contratto di mandato. L'obbligazione *possibile*, ma incerta, del mandante è quella che contrae eventualmente di dovere rimborsare il mandatario delle spese fatte in esecuzione del mandato: all'opposto il contratto può esistere senza tale obbligazione, poichè può ben darsi che il mandatario nulla spenda. —I Romani esprimevano siffatta differenza, chiamando *mandati contraria* l'azione con cui domandavasi lo adempimento di quest'ultima obbligazione, e *mandati directa* quella con cui chiedevasi lo adempimento della prima.

Si badi però: la qualificazione di *sinallagmatico* imperfetto data al contratto di mandato per indicare questa condizione, non deve farci cadere in equivoco. Noi l'adoperiamo, perchè così generalmente si fa; ma il mandato realmente è un contratto unilaterale, a cui non debbono applicarsi le regole proprie dei contratti sinallagmatici, come la formalità della doppia scrittura richiesta dall'art. 1325 (1279 M) (vedi *infra*, n. 862).

802. La stipulazione di un salario non toglie al mandato il suo carattere proprio, non lo trasforma in contratto sinallagmatico, ma lo lascia quale è, cioè un contratto unilaterale. Su ciò torneremo *commentando* l'art. 1986 (1858).

803. Il mandato, come abbiamo già indicato (n. 791), appartiene alla classe dei contratti di beneficenza, e conserva questo carattere, come il precedente, *quand'anche il* mandatario abbia qualche interesse nell'affare che forma oggetto del contratto. Ma su ciò dobbiamo più innanzi ritornare (n. 818).

II. — 804. Parleremo intanto delle condizioni essenziali, necessarie alla esistenza e alla validità del mandato. Le quali sono di due sorta: le une riguardano specialmente questo contratto; le altre gli son comuni con tutti i contratti in generale. Parleremo prima di queste ultime, e poi di quelle che costituiscono i caratteri distintivi del contratto di mandato.

III. — 805. Le condizioni comuni a tutti i contratti in generale sono il consenso delle parti, la loro capacità, l'oggetto e la causa del contratto. Queste condizioni sono necessarie, sia all'esistenza medesima, sia alla validità del contratto di mandato, secondo talune distinzioni che faremo mano mano, tornando separatamente sopra ciascuna di esse.

806. 1° *Del consenso*. — L'esistenza di fatto del consenso *delle parti contraenti*, e non *della sola parte che si obbliga*, come dice l'art. 1108 (1062) del Codice

Napoleone, è una condizione necessaria alla esistenza medesima del contratto. A tal rispetto possiamo riferircene alle spiegazioni date da Marcadè su questo articolo nel titolo *Delle obbligazioni in generale*. Il mandato, sotto questo aspetto, non ha nulla di speciale, ma va soggetto alle regole generali; com'è stato giustamente ritenuto dalle Corti di Riom e di Parigi, decidendo: la prima, che i tribunali non possano imporre alle parti un mandatario forzato per lo esercizio dei loro dritti, e specialmente, nel prescrivere la divisione di una eredità, ordinare, contro la volontà di uno degli eredi, che i titoli e le scritture dipendenti dalla eredità fossero affidati ad un usciere per farne la riscossione durante le operazioni e fino al termine della divisione (1); la seconda, annullando una sentenza del tribunale di commercio, che il debitore di una somma esigibile non possa opporre, al mandatario del creditore che si presenti per riscuoterla, la nullità del suo mandato per causa di demenza del mandante, quando questi non sia interdetto (2).

807. Del resto, il consenso non deve contenere alcun vizio che possa renderlo invalido (dolo, errore, violenza). Questa condizione non è necessaria, come la precedente, alla esistenza medesima del mandato, ma alla sua validità. A tal riguardo debbonsi anche seguire le regole generali. Però importi notare, che in tal caso l'errore sulla persona costituisce una causa di nullità del mandato più facilmente che negli altri contratti. Diciamo più facilmente, poichè non intendiamo già che in materia di mandato l'errore sulla persona debba essere sempre una causa di nullità. Non bisogna perder mai d'occhio l'art. 1110 (1064), 2° comma, il quale subordina la nullità derivante dallo errore sulla persona alla condizione che la considerazione della persona sia la causa principale della convenzione. Ora può ben darsi, in taluni casi, che la considerazione della persona sia puramente accessoria nel contratto di mandato.

808. Il consenso per parte di colui che s'incarica dello affare, cioè del mandatario, viene ordinariamente indicato sotto il nome tecnico di *accettazione*. Diremo più innanzi, commentando l'art. 1985 (1857), in qual forma possa essere conferito il mandato e manifestata l'accettazione del mandatario (*infra*, nn. 858 e seg., 868 e seg.).

809. 2° *Dell'oggetto*. — Qualunque contratto deve avere un oggetto che formi la materia della obbligazione (Cod. Nap., art. 1108 (1062)): l'oggetto del mandato è un atto che il mandatario *si obbliga* di fare (Cod. Nap., art. 1126 (1080)). Non vi può dunque esser mandato se l'affare per cui apparentemente si incarica il mandatario sia *già consumato*.

810. Non ogni specie di atti possono essere oggetto di un contratto di mandato; ma i soli atti giuridici.

Ma quali sono gli atti giuridici che possono formare l'oggetto di un mandato? In principio diremo, che il mandato può aver per oggetto qualunque atto giuridico. Però questa regola generale non è assoluta, dovendo andar soggetta a restrizioni di diversa natura.

811. Ed in prima, vi si fa eccezione quando sia prescritto con una disposizione legislativa che il tale atto debba farsi dalla persona medesima cui interessa. Però sono ben poche nella nostra legge le disposizioni di tal genere, le quali si riducono a due solamente, cioè quelle degli art. 121 e 817 (215 e 955) del Codice di procedura. Il primo di questi articoli, relativo alla prestazione del giuramento, ha proscritto gli antichi giuramenti *in animam mandantis*; il secondo, riguardante la comparsa dei coniugi innanzi al presidente prima della domanda di separazione personale, dispone che le parti sono tenute a comparire *in persona*, senza facoltà di farsi assistere da patrocinatori nè da consulenti.

Il Codice Napoleone, nel titolo *Del Di-*

(1) Riom, 11 aprile 1836 (S.V., 36, 2, 602; J.P., 1837, p. 910; Dalloz, 37, 2, 22).

(2) Parigi, 7 gennaro 1813 (Dalloz, 16, 2, 60; S. V., 15, 2, 83; *Coll. nov.*, 5, 2, 4).

vorzio, contiene una disposizione in cui è detto parimente che i coniugi, il cui divorzio per mutuo consenso sia stato ammesso, debbano presentarsi in persona davanti all' ufficiale dello stato civile, affinchè lo pronunzi (art. 294 (T)). La qual disposizione, abrogata dalla legge degli 8 maggio 1816 che abolì il divorzio, è invocata anche oggi dagli scrittori che sostengono il matrimonio per procura essere proibito dal Codice Napoleone. Marcadè ha sostenuto questa opinione, senza però molto insistervi (1); altri scrittori sono pure di avviso che il matrimonio non possa oggi contrarsi per procura, sebbene riconoscano che il divieto non sia espressamente scritto nella legge (2); altri infine sostengono la contraria opinione (3). Checchè ne sia, e comunque si risolva la quistione se l'ufficiale dello stato civile debba o no negare il suo ministero alle persone che volessero maritarsi per procura, nel che, secondo noi, deve restrignersi tutta la controversia, sembraci però impossibile che il giudice possa annullare un matrimonio effettivamente contratto per procura, quando nessun testo di legge accorda un'azione di nullità fondata sopra una tal causa. Ciò per altro è riconosciuto da quei medesimi scrittori che non ammettono l'intervento di un mandatario (4).

Ad ogni modo, deve farsi eccezione al divieto in favore dei matrimonî dei principi.

812. Un atto giuridico non può essere oggetto di mandato, se non sia tale che possa ritenersi eseguito dal mandante medesimo. *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Pothier cita come esempio, in appoggio di questa proposizione, il caso in cui voi incaricate Pietro di togliere in prestito dal vostro cassiere una determinata somma di danaro a voi appartenente, la quale infatti vien pagata dal cassiere. Un tal fatto non costituisce certamente un mandato; il prestito non si può riputare fatto da voi stesso, poichè nessuno può prendere in prestito i suoi proprî danari (5).

813. Inoltre, devesi poter supporre, senza assurdità, che l'atto possa eseguirsi dal mandatario; altrimenti, come dice lo stesso Pothier, il mandato sarebbe *nugatorium et derisorium*, nè produrrebbe alcuna obbligazione.

Con ciò non intendiamo però dire che debba annullarsi un contratto di mandato, quando il mandatario manchi di attitudine, di abilità o dei talenti necessarî per condurre l'affare di cui si è incaricato; l'accettazione del mandato fa supporre che il mandatario sia nelle condizioni richieste per adempirlo, e, purchè ciò possa credersi senza assurdità, il mandato è obbligatorio, salvo la responsabilità del mandatario pei danni cagionati al mandante per la sua imperizia. Il mandato nullo, come *nugatorium et derisorium*, è quello soltanto che il mandatario non possa eseguire *per la medesima natura o per la forza delle cose* (6). Tale sarebbe, per esempio, il mandato dato ad uno che non sia patrocinatore di fare una procedura innanzi ai tribunali civili, mentre per la forza stessa delle cose, nessuno può costituirsi innanzi ai tribunali se non abbia il titolo di patrocinatore.

814. Però può ben darsi che una persona che non può fare taluni atti per proprio conto riceva il mandato di farli per conto altrui. Così, un tale che sia mandatario ad oggetto di vendere taluni oggetti può essere incaricato di comprarli per conto di un terzo, sebbene non possa comprarli per sè stesso, ai termini dell' articolo 1596 (1441), secondo comma, del Codice Napoleone. Potrebbe citarsi come analoga in questo senso una decisione, dalla quale risulta che l' assicurazione fatta da un tale

(1) *Vedi* Marcadè sull'art. 36 (38).
(2) Delvincourt (t. I, p. 137); Delvincourt (t. I, n. 87); Demolombe (t. III, n. 110).
(3) Merlin (*Rep.*, alla parola *Matrimonio*, sez. 4, § 1, art. 1, quist. 4); Coin-Delisle (art. 36 (38), nn. 5 e 7).
(4) *Vedi* nondimeno Bastia, 2 aprile 1849 (S. V., 49, 2, 238; Dalloz, 49, 2, 80; J. P., 1849, t. II, p. 110).
(5) Pothier (*Del Mandato*, n. 10).
(6) Pothier (nn. 12 e 13).

che sia ad un tempo mandatario dello assicuratore, e commissionato dell'assicurato, è valida quando ha luogo di buona fede (1).

815. L'atto da eseguirsi non deve essere intieramente incerto (arg. dall' art. 1129 (1083)). Diciamo *intieramente* incerto, poichè se il mandatario avesse potuto, per qualunque siasi circostanza, conoscere il pensiero del mandante, quand'anche la volontà di costui non fosse chiaramente indicata, non si potrebbe dire che sia incerto l' oggetto del mandato (2). Per modo di esempio, io incarico un amico che si reca a Parigi *di comprarmi qualche cosa*; ecco un mandato, il cui oggetto è intieramente incerto, poichè il mandatario non può affatto conoscere che cosa io abbia voluto comprare. Ma se invece incarico il mio amico di comprarmi a Parigi una cosa che io voglio regalare ad un avvocato che mi ha guadagnato una causa importante, allora l'oggetto del mandato, sebbene indeterminato, non può però dirsi incerto, potendo il mandatario, sulla datagli indicazione, scegliere la cosa che conviene comprare.

816. Infine, l'atto giuridico non dev'essere contrario alle leggi o ai buoni costumi (arg. dagli art. 6 e 1833 (7 e 1705)), altrimenti non solo il mandante non avrebbe alcuna azione per fare eseguire il mandato o farsene render conto, ma non ne avrebbe nemmeno il mandatario per farsi indennizzare di quanto avesse speso per la esecuzione. La Corte di Torino (3) ha applicato questa regola in un caso in cui l'atto avea per oggetto di introdurre in Francia mercanzie proibite. Dovrebbesi anche applicarla al mandato dato per trasmettere una cosa ad una persona dichiarata dalla legge incapace di ricevere, per esempio alle congregazioni religiose non autorizzate (4).

Ma questa regola non è assoluta, potendo esser modificata a seconda delle circostanze.

Così, da una mano, sebbene l'atto eseguito dal mandatario abbia un carattere illecito, può ben darsi alle volte che egli sia in dritto di chiedere il pagamento di ciò che ha anticipato. Il che avviene se, non essendo apparenti i vizî della operazione, il mandatario abbia agito senza conoscerne o nemmeno supperne la esistenza. Per esempio, io compro una partita di rendita per incarico avutone, credendo di fare una operazione seria per conto del mandante; ma intanto quest'ultimo ha inteso fare una scommessa sull'alto e il basso dei pubblici effetti. In tal condizione, sarebbe certamente iniquo negarmi un'azione per essere risarcito di quanto ho speso in esecuzione del mandato, mentre io, nella ignoranza assoluta del carattere illecito del fatto, me ne sono reso involontariamente complice (5).

D'altra mano, può anche avvenire, allo inverso, che l' atto non sia per sè stesso contrario alle leggi o ai buoni costumi, ma che intanto il mandatario non abbia dritto ad essere indennizzato delle sue anticipazioni. Possiamo prendere come esempio il caso citato da Pothier, in cui un dissoluto incarichi qualcuno di prestare una determinata somma ad una cortigiana (6). Pothier dimostra come in tal caso la obbligazione di pagare la somma prestata sia distrutta coll'altra che avrebbe il mandatario verso il mandante di riparare il danno cagionatogli favorendo la sua passione. Questa soluzione dovrà anche oggi applicarsi, salvo però ai tribunali di tener conto delle circostanze nello esame delle delicate quistioni che possono nascere nell'applicazione del principio.

817. La regola secondo cui è nullo ed inefficace il mandato di fare una cosa con-

(1) Rig., 11 aprile 1810 (J. P., 1860, p. 393; S. V., 60. 1. 316; Dalloz, 60, 1, 240).
(2) Pothier (n. 9).
(3) Torino, 12 dic. 1807 (S. V., 7, 2, 716; Dalloz, 2, 679).
(4) *Vedi* Troplong (n. 427).
(5) *Vedi* sul proposito il nostro commentario *Dei Contratti aleatori* (n. 650).—*Vedi* pure Troplong (*Del Mandato*, n. 31).
(6) Pothier (n. 8).

traria alla legge, riguarda solo quei mandati che abbiano per oggetto cose assolutamente vietate dalla legge, e non quelle che sono vietate col fine di evitare le frodi che potrebbero essere commesse in danno di alcune persone a cui essa accorda una particolare protezione. Così, la legge vieta al tutore di comprare i beni del suo pupillo (Cod. Nap, art. 450 (373)). Se il tutore incarica una persona di comprarli per lui, il mandatario che ha eseguito il mandato ha obbligo di renderne conto, e il tutore deve pagargli tutto ciò che abbia erogato. Se però il mandato non sia stato ancora eseguito, il mandatario che ha avuto il torto di incaricarsene, potrà sempre ripararvi rinunciandolo. E la sua rinuncia, fondata sopra un giusto motivo, qual'è quello di ubbidire alla legge, non potrebbe mai riguardarsi come intempestiva, nè quindi esporlo ad alcuna indennità verso il mandante. Pothier, sebbene voglia ad un tempo riguardare, ma a torto secondo noi, il contratto come nullo e come valido, riesce però alla fine ai medesimi risultamenti (1).

818. L'atto giuridico che forma oggetto del mandato riguarda d'ordinario l'interesse del solo mandante. Nondimeno nulla vieta che il mandato sia dato nello interesse comune, sia del mandante e di un terzo, sia del mandante e del mandatario. In questo ultimo caso, il mandatario viene spesso qualificato *procurator in rem suam*. Però, nello stato presente della nostra legislazione, converrebbe forse metter da canto questa espressione, che oggi non può più avere quel significato tecnico che avea presso i Romani, i quali l' adoperavano nella pratica per riuscire ad un risultamento non riconosciuto direttamente in teoria, quello cioè prodotto oggi colla cessione o col trasporto dei crediti (2).

819. Ma può conferirsi il mandato nello interesse esclusivo di un terzo? La quistione è controversa; però possiam dire la discrepanza essere più nelle parole che nella sostanza delle cose. Pothier, sull'autorità di Gaio, sostiene potersi conferire un mandato per affare riguardante assolutamente l'interesse di un terzo: e ne dà degli esempi. Se Pietro, egli dice, trovisi partito per un viaggio senza avere affidato ad alcuno i suoi affari, ed io vi incarico di fare le sue vendemmie, questo mandato interviene *aliena tantum gratia*, avvegnachè le vendemmie di cui vi ho incaricato non mi riguardino nè punto nè poco, ma interessino esclusivamente Pietro. Nondimeno il mandato sarà valido, poichè, incaricandovi della vendemmia, *io ne divengo direttamente obbligato verso Pietro, ed in conseguenza ho interesse a chiedervene conto, perchè devo io stesso renderlo a Pietro* (3). La maggior parte degli scrittori, riproducendo questo esempio ed altri ancora di Pothier, opinano nel medesimo senso, *aggiungendo*, sono parole di Troplong, *nulla essere più certo in giurisprudenza*, senza però citare alcuna decisione giudiziaria (4). Altri invece ritengono inefficace il mandato conferito esclusivamente nello interesse di un terzo (5). Ma la *differenza*, come abbiam detto, consiste più nelle parole; e, in quanto a noi, crediamo più esatta quest'ultima formola. Infatti, il mandato conferito nello interesse esclusivo di un terzo sarebbe inefficace, perchè il mandante non potrebbe chiederne la esecuzione: *l'interesse è la misura delle azioni*. La contraddizione dell' altro sistema sorge dagli stessi esempi messi avanti dai suoi difensori, poichè nei casi accennati vediamo sempre il *mandante* in sostanza interessato alla esecuzione del mandato. Gli è vero che in tal caso l'interesse del mandante consiste unicamente nel liberarsi dalla obbligazione contratta

(1) Pothier (n. 11).
(2) *Vedi* Aubry e Rau (t. III, p. 458, nota 6).
(3) Pothier (n. 17).
(4) Delvincourt (t. III, p. 238); Duranton (t. XVIII, n. 201); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 35, nota 3); Troplong (n. 36); Domenget (*Del Mandato*, t. I, nn. 70 e seg.).—*Conf.* Mourlon (t. III, p. 436 e 437).
(5) *Vedi* specialmente Aubry e Rau (t. III, p. 458, nota 5).

verso il terzo. Ma che importa? Purchè egli sia interessato, è indifferente poi se lo sia per una o per un' altra ragione : a buoni conti non può più dirsi che il mandato sia costituito nello interesse esclusivo di una altra persona.

820. Diciamo del pari non potersi il mandato conferire nello interesse esclusivo del mandatario, o almeno che l' atto così formulato non sarebbe un mandato nel vero senso della parola, ma piuttosto un consiglio, una raccomandazione. Su ciò torneremo quanto prima, per dire in che differisca il consiglio dal mandato (*infra*, nn. 834 e seg.).

821. 3° *Della causa.* — Poichè il mandato è un contratto di beneficenza , non ha altra causa che la intenzione di rendere un servigio. La legge considera l'intenzione di rendere un servigio, come quella di fare una liberalità, come una causa sufficiente di obbligazione. Non bisogna mai perder d'occhio questa causa propria del contratto di mandato, che è uno dei segni caratteristici per cui si distingue dagli altri contratti. Ma su ciò torneremo più specialmente nel commento dell'art. 1986 (1858).

822. 4° *Della capacità.* — La capacità della parte che si obbliga è compresa dall'art. 1108 (1062) tra le condizioni essenziali alla *esistenza* dei contratti. E pure , almeno in generale, è una condizione necessaria solo per la loro *validità*. Il contratto esiste finchè lo incapace non ne domandi la nullità. In materia di mandato , la capacità delle parti è sottoposta in principio alle regole del dritto comune, salvo alcune regole speciali. Sarebbe questo certamente il luogo di occuparcene; ma poichè la legge vi ha consacrato un articolo speciale (art. 1990 (1862)), ci riserviamo di parlarne separatamente (*infra*, nn. 959 e seg.).

IV. — 823. Abbiamo esaminato, seguendone lo sviluppo nella loro applicazione al mandato, ciascuna delle condizioni necessarie alla esistenza o alla validità dei contratti in generale. Conviene ora determinare le condizioni proprie del contratto di mandato, e i caratteri speciali per cui distinguesi da tutte le altre operazioni. A tal rispetto , crediamo poter tutto riepilogare nelle seguenti due proposizioni:

1° L' idea di mandato porta necessariamente con sè l' idea di una *rappresentazione giuridica.* Senza di questa rappresentazione, per mezzo della quale una persona che agisce invece di un'altra, obbliga quest'ultima verso i terzi e i terzi verso di lei, noi avremmo operazioni diverse, operazioni *sui generis*, insomma contratti innominati; ma non il mandato.

2° Non basta una qualsiasi rappresentazione giuridica ; per esservi contratto di mandato propriamente detto, vuolsi che il rappresentante agisca *in nome* del rappresentato, e non in suo proprio nome. Non basta dirsi che un tale operi per conto di una persona che rappresenta: se egli non fa conoscere ai terzi questa persona , se agisce *in proprio nome* , vi potrà essere il contratto di commissione, ma non il mandato.

In queste due proposizioni racchiudonsi, secondo noi , i veri caratteri che debbono farci distinguere il mandato da qualunque altra convenzione. Però sono state ambedue contraddette con grandissima energia, sicchè fa mestieri giustificarle successivamente e dimostrarne la esattezza.

824. La nostra prima proposizione si allontana dai principî del dritto romano , il quale infatti non caratterizzava il mandato dalla funzione rappresentativa del mandatario : ecco il principale rimprovero diretto contro la nostra tesi, e da ciò appunto si sono mossi gli scrittori per sostituirvi una teoria tolta dai giureconsulti romani. Il carattere distintivo del contratto, si dice, non sta nella rappresentazione del mandante per mezzo del mandatario, poichè anche quello che *loca l'opera sua* può avere una parte rappresentativa, diguisachè la rappresentazione di una persona per mezzo di un'altra, anzichè essere la condizione *sine qua non* del mandato, non è per nulla incompatibile colla *locazione d'opera*: il carattere distintivo del mandato consiste unica-

mente nell' essere *gratuito*. Ma ciò non basterebbe, poichè il mandato non è gratuito per essenza ma solo per sua natura, tanto che si può stipulare un salario, e nompertanto continuerebbe ad essere mandato (*infra*, art. 1986 (1858)); ed allora si soggiunge che, oltre all'essere gratuito, il mandato si distingue *secondo la natura o la qualità dei fatti che debbonsi eseguire dal mandatario*.

Era questa la teoria degli interpetri del dritto romano. I quali, dovendo conciliare l'idea di essere il contratto gratuito coi fatti della pratica, in cui spesso aggiungevasi al contratto la stipulazione di un salario, aveano immaginato fare una distinzione tra la somma promessa come l'equivalente di un lavoro e quella accordata per ricompensare un servigio. Nel primo caso la somma costituiva un *prezzo*; nel secondo un *onorario*: e questo, che potea solo convenire all'idea di mandato, perciocchè non era mai l'equivalente del servigio reso, di sua natura inestimabile, poteva aggiungersi al mandato senza mutarne il carattere. Ma poichè non era sempre facile riconoscere se il prezzo convenuto fosse l' equivalente del lavoro, e nient'altro che questo, i giureconsulti romani immaginarono un'altra distinzione, fondata sulla natura dei lavori e delle professioni, per cui divisero le arti meccaniche da quelle liberali. Quindi, siccome le opere relative alle prime, possonsi sempre valutare per danaro, si ritenne che qualunque convenzione che avesse per oggetto la esecuzione, mediante un prezzo, di opere o di lavori di questa classe, costituiva una locazione o un cottimo; e per l'opposto, non potendosi le opere della intelligenza valutare per danaro perchè troppo elevate, si ritenne che la ricompensa data per esse non fosse altro che un onorario, e che quindi il contratto che ne contenesse la stipulazione non lascerebbe di esser mandato.

Siffatta teoria, ammessa nella nostra antica giurisprudenza francese, e formulata già da Pothier con una precisione ammirevole, è anche oggi invocata da molti scrittori, e tra i più eminenti (1), da alcuni, è vero, a malincuore e come una necessità, ma da altri con una convinzione grandissima, e potremmo dire forse passionata. Championnière e Rigaud l'accettano come una necessità, protestando però contro tutte quelle distinzioni, le quali, come essi dicono, non avendo più l'appoggio dell' uso che le avea fatto creare, devono con quello cadere ed estinguersi (2); al contrario Troplong ce la porge « come un frutto della filosofia spiritualista a cui furono educati i giureconsulti romani e i loro successori nel dritto francese, » e, secondo lui, *non si* potrebbe abbandonarla sotto il Codice Napoleone, « senza ferire l'onore delle professioni liberali, senza eccitare in esse quello spirito di speculazione e *di traffico* che deve esserne sbandito per *il bene della* società; senza gettarsi, *infine*, nei pericolosi errori di un deplorevole materialismo (3). »

825. Con tutto questo, non sappiamo determinarci ad abbandonare l'opinione altra volta da noi sostenuta (4). Noi abbiamo ferma convinzione che il carattere distintivo del mandato consista essenzialmente nella funzione rappresentativa del mandatario. Gli è vero che nel dritto romano avveniva diversamente; ma che perciò? si è forse provato che i compilatori del Codice abbiano voluto esattamente riprodurre in materia di mandato i principî del dritto romano? Ciò è impossibile; che anzi è indubitato, e nessuno lo contrasta, essersi il nostro Codice allontanato da questi principî in un punto notevole, essenziale, riguardante i caratteri

(1) *Vedi* Pothier (*Del Mandato*, nn. 22 e seg.); Merlin (Rep., alla parola *Notaro*, § 6, n. 4); Championnière e Rigaud (*Trattato dei dritti di registro*, nn. 1479 e seg.); Troplong (*Locazione*, nn. 791 e 811; *Mandato*, nn. 8, 58, 164 e seg., 237, 519 e seg.). —*Vedi* pure Marcadè (sull'art. 1779 (1625), n. 2, t. III, p. 2ª, p. 390 e seg).

(2) Championnière e Rigaud (*loc. cit.*, n. 1487, nota).

(3) Troplong (*Locazione*, nn. 807 e 811).

(4) Vedi *Rivista di dritto francese e straniero* (anno 1848, p. 49 e seg.).

del contratto, cioè che mentre ne nostro dritto il mandatario obbliga il mandante verso i terzi senza obbligarsi personalmente, nel dritto romano reggeva un principio direttamente opposto. Ciò basta per metterci in guardia contro gli argomenti che vorrebbero in questa materia cavarsi dalle leggi romane, e dimostra come, lungi dal dover sostenere la nostra tesi cercando di giustificare il suo disaccordo coi principî del dritto romano, possiamo piuttosto rimproverare all' assunto contrario la sua comunanza di idee con quei principî.

E per altro, il vizio maggiore della teoria contraria non è già nel suo principio, nella sua origine. Noi la combattiamo principalmente perchè, considerata in sè stessa, non potrebbe, nello stato presente della legislazione, caratterizzare il mandato, e al postutto lascerebbe insoluto il problema.

Ed infatti, tralasciando pure di esaminare se nella legge, o nelle discussioni che la precedettero, siavi qualche cosa che ricordi questa distinzione tra le arti meccaniche e quelle liberali, distinzione che ebbe unicamente la sua ragion di essere nella Francia feudale come in Roma atteso la ineguaglianza delle persone e dei beni; non curandoci anco di cercare se, in mezzo alle idee di uguaglianza che dal 1789 in poi furono sempre il pensiero dominante delle costituzioni francesi, avesse potuto una tal distinzione venire in mente ai compilatori del Codice senza condannarla; posto pure che, tra tutti i lavori di cui può occuparsi l'attività umana, altri siano pagati con un prezzo, altri ricompensati con un onorario, e conseguentemente ammesso che la obbligazione di un artista o di uno scienziato di fare un'opera d'arte o di scienza sia altra cosa che l' obbligazione di un sarto o di un calzolaio a cui si dànno gli abiti o le scarpe per racconciarli, a che si riuscirebbe con tutto questo? Se ne conchiuderà che l'artista e lo scienziato non sono locatori d' opera: e sia pure! Ma si dirà forse che siano mandatarî? No certamente: il senso intimo ci avverte, senza bisogno di alcuno sforzo di discussione, che il medico che ci assiste, il pittore che ci fa il ritratto, l'uno tastandoci il polso, l'altro riproducendo le nostre fattezze, non sono nostri mandatarî, come non lo sono il sarto o il calzolaio racconciando i nostri abiti o le nostre scarpe. Che sarà dunque questa obbligazione che lega l' artista o lo scienziato, se non è nè locazione d'opera, nè mandato? Sarà un contratto *sui generis*, un contratto innominato.

Ed ecco appunto perchè, col sistema dei giureconsulti romani, non si può oggi trovare la soluzione del problema. In Roma, l'obbligazione *sui generis* di cui trattasi costituiva il mandato medesimo, il mandato propriamente detto; e l'interesse di questa soluzione comprendesi facilmente. Il mandato era uno dei quattro contratti detti *consensuali*, cioè di quelli in cui bastava il solo consenso delle parti per ingenerare una obbligazione piena ed efficace. I Romani quindi dovettero naturalmente essere inclinati ad estendere i limiti del mandato, onde restrignere per quanto era possibile il numero dei contratti innominati, cioè di quei contratti che non producono una obbligazione perfetta se non quando *res subsecuta est*. Ma non è più così nel nostro dritto. I contratti innominati cui accenna l' art. 1107 (1061) del Codice Napoleone sono sottopósti ai principî stabiliti nel titolo *delle Obbligazioni* in generale e a quelli dei contratti speciali a cui più si rassomigliano. Non è più dunque nè utile, nè possibile estendere i limiti del mandato. Le convenzioni di tal fatta, che non siano nè mandato nè locazione d'opera, saranno contratti innominati, soggetti quindi ai medesimi principî del contratto nominato con cui la loro convenzione presenta maggiore analogìa.

Una decisione della Corte di cassazione, che si ha il vezzo di allegare come un'autorità topica nel sistema che discutiamo, non fa in sostanza che confermare la nostra opinione. Nella specie un notaro, fatta col consentimento di tutti gli aventi dritto e nel loro comune interesse la liquidazione di una eredità, erasi determinato, non po-

tendo ottenere all'amichevole il pagamento dei suoi onorari, a spingere domanda contro i coeredi, in seguito alla quale, con sentenza dei 12 gennaro 1809, furono questi condannati in solido in suo favore. In appello, la Corte di Parigi, a 12 luglio seguente, annullò la sentenza per la parte della solidarietà; e nel mentre riconobbe che il lavoro della liquidazione era stato fatto col consentimento di tutti gli eredi e nel loro comune interesse, ordinò che la sentenza avesse effetto contro ciascuno erede per la parte che rappresentava nella eredità. Il notaro reclamò alla cassazione, e la decisione fu annullata per violazione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone (1). La decisione non contiene nemmeno una parola che accenni ai caratteri distintivi del mandato. In essa, è vero, si dice, o meglio si indica che *i notari sono mandatarì*; dal che pretenderebbesi trarre argomento in favore del sistema contrario. Ma siffatta proposizione, altronde per sè stessa inesatta (*infra*, n. 853), devesi naturalmente intendere secondo l'ordine d'idee in cui agitavasi il giudizio innanzi alla Corte. Nelle loro contestazioni le parti, l'una per sostenere, le altre per combattere la solidarietà, di cui solo si contendeva, aveano creduto dover qualificare la convenzione o l'accordo tra di loro corso, queste come locazione d'opera, quella come contratto di mandato. Posta in questi termini la discussione, la Corte di cassazione, senza curarsi di stabilire i caratteri distintivi della locazione o del mandato, si appigliò a quest'ultimo sistema: non ammise che i notari potessero riguardarsi come locatori di opera; ma ritenne piuttosto doversi paragonare al mandatario; dal che si spinse a decidere che il notaro, richiesto da diverse parti insieme per un atto a farsi nel comune interesse, abbia dritto di chiamarli tutti in solido per analogìa e per induzione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone; di guisachè l'idea di mandato apparisce secondariamente, non come la espressione di un principio: insomma la Corte invocò una regola propria del mandato, per applicarla a titolo di analogìa. La decisione non può altrimenti intendersi; tanto vero che, tra tutti i raccoglitori che la riferiscono, neppur uno ce la dà come se avesse giudicato che i notari siano realmente mandatarî; ma tutti vi scorgono dominante l'idea che, nel caso proposto, tutti i coeredi siano tenuti in solido verso il notaro al pagamento degli onorari, aggiungendo, per meglio stabilire e dimostrare che havvi semplicemente una analogìa, che questo caso può assimilarsi *a quello* in cui più persone abbiano promesso un salario al mandatario da essi scelto congiuntamente (2).

Non si dica dunque che la Corte di cassazione abbia in questa decisione *ritenuto* che il carattere distintivo del mandato *debba* o possa trarsi dalla qualità o dalla *natura* dei fatti che debbonsi compiere *dal mandatario*. Da essa non può altro *ragionevolmente* inferirsene se non che, come testè dicevamo, la distinzione *dei* fatti secondo la loro natura, la differenza dei lavori che si pagano con un prezzo e quelli che si ricompensano con onorari, può servire di guida per determinare qual sia il contratto nominato, mandato o locazione, i cui principî debbano invocarsi per regolare tra le parti gli effetti della loro convenzione. Laonde, potrà ben dirsi che l'artista o lo scienziato che si sia obbligato per una somma ad eseguire un lavoro per conto di una persona, abbia dritto, se occorra, di esser trattato come un mandatario; e che, per esempio, se ha lavorato per conto di più persone, abbia dritto di chiamarle in solido per induzione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone, o, se ha anticipate delle somme per la esecuzione del suo lavoro, abbia dritto agli interessi dal giorno in cui si verifica essersene fatto lo anticipo, per

(1) Cass., 27 genn. 1812 (S. V., 12, 1, 198; *Coll. nov.*, 4, 1, 14; Dalloz, 12, 1, 216; *Racc. alf.*, t. X, p. 435; J. P., 13, 86; *Coll. nov.*, alla sua data).

(2) *Vedi* specialmente S.V. (*Coll. nov.*, *loc. cit.*).

induzione dell'art. 2001 (1873). Ma ciò non risolverebbe punto il problema, conciossiachè, se atteso l'indole o la qualità del lavoro che forma oggetto della obbligazione dello artista o dello scienziato, non si può considerare la convenzione come una locazione d'opera, non si dirà certo per questo che sia un mandato propriamente detto; nè per conseguenza può da quelle dedursi il carattere distintivo del mandato.

826. Ma qual sarà dunque il vero carattere del mandato? Esso, come dicemmo, consiste nella rappresentazione giuridica del mandante per mezzo del mandatario; la qual proposizione, tradotta fedelmente dalla massima: *Qui mandat ipse fecisse videtur*, se è stata contraddetta da eminenti giureconsulti, ha avuto pure i suoi eminenti difensori che l'hanno sostenuta con molto calore (1). Invano si oppone che la funzione rappresentativa di colui che fa qualche cosa per un'altra persona non sia incompatibile colla locazione d'opera. Se con ciò si intende dire che il mandato possa concorrere con un'altra operazione, specialmente colla locazione, l'obbiezione non avrebbe valore. Infatti, è comunissimo nel nostro dritto veder misti in unica convenzione contratti diversi; il che non importa per niun modo che essi siano assorbiti in un solo: e appunto perchè la locazione e il mandato concorrerebbero come elementi di unica operazione mista, non sarebbe questa una ragione per confonderli, sconoscendo i caratteri propri di ciascuno di essi. — Se si intende dire che la funzione rappresentativa dello agente sia una condizione comune alla locazione d'opera e al mandato, l'obbiezione sarebbe manifestamente erronea; e basterebbe, per convincersene, volgere per poco l'occhio al testo dell'art. 1710 (1556), il quale definisce la locazione d'opera, e metterlo in relazione colla disposizione del nostro articolo 1984 (1856), il quale ha voluto definire il mandato. La locazione d'opera, secondo l'art. 1710 (1556), « è un contratto col quale una delle parti si obbliga di far qualche cosa per l'altra, mediante una mercede tra esse convenuta. » Or, lungi di esservi qualche cosa che accenni l'idea di una rappresentazione giuridica, ciascuna parola di questo articolo fa rispiccare l'idea di un *negozio* fatto tra due persone, una delle quali, sebbene faccia qualche cosa per l'altra, pure agisce per conto proprio, in forza della sua propria attitudine, nel suo interesse particolare, e in considerazione della mercede convenuta o del beneficio che ritrarrà dalla esecuzione del negozio. Vediamo ora la definizione del mandato, per difettosa che sia, secondo i termini del nostro art. 1984 (1856): « È un atto col quale una persona dà ad una altra la facoltà di fare qualche cosa *per essa ed in suo nome*... » Ma che altro significa ciò, se non che il mandato implica l'idea di una operazione eseguita da una persona, non per sè stessa e nel suo interesse, ma per conto di un'altra persona, in nome e nello interesse di cui lo agente procede ed agisce? Certamente, l'art. 1984 (1856) non indica a sufficienza i caratteri propri del contratto, come già fu da noi osservato, d'accordo con quasi tutti gli scrittori (*sopra*, n. 798): ma ad ogni modo la funzione rappresentativa del mandatario vi è chiarissimamente notata, e, non fosse che per ciò solo, potrebbe ben dirsi essere questo appunto il vero carattere del contratto. Ma vi ha dippiù molte altre disposizioni che concordano colla medesima idea. La legge, appunto perchè il mandatario non agisce per sè stesso ed in suo nome, appunto perchè è semplicemente l'organo del mandante, e la sua persona deve scomparire « come un'impalcatura divenuta inutile dopo la costruzione dell'edificio (2), » non ha richiesto in lui alcuna condizione

(1) *Vedi* specialmente Duvergier (*Della Locazione*, t. II, nn. 267 e seg.). — *Junge*: Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 370, nota 1; p. 458, nota 2); Taulier (t. VI, p. 284 e seg.); Boileux (t. VI, p. 147 e seg.). — *Conf.* Mourlon (t. III, p. 438 e seg.).

(2) Parole del tribuno Tarrible nel suo rapporto al Tribunato (Locré, t. XV, p. 249; Fenet, t. XIV, p. 595 e 596).

di capacità personale, purchè il mandante sia capace di contrattare (art. 1990 (1862)). Le obbligazioni assunte dal mandatario, appunto perchè egli è « l'immagine del mandante, e non fa che rappresentarlo (1), » legano ed obbligano il mandante verso i terzi (art. 1998 (1870)), senza obbligarsi egli personalmente (art. 1997 (1869)). Infine, il mandante è sempre libero di rivocare la data facoltà (art. 2004 (1876)), appunto perchè il mandato implica l' idea di una rappresentazione fondata unicamente sulla confidenza ispirata al rappresentato dal rappresentante. Or tutto questo sembraci decisivo, e crediamo poter dire con ragione che la prima proposizione sia pienamente giustificata.

827. La nostra seconda proposizione non richiede molte spiegazioni; consistendo il dissenso più nelle parole che nella sostanza delle cose. Come adunque dicemmo, per caratterizzare il mandato, non basterebbe una qualunque rappresentazione giuridica del mandante per mezzo del mandatario; ma vuolsi che il rappresentante agisca *in nome* del rappresentato. Se agisse *in suo proprio nome* per conto di un altro, non vi sarebbe più il contratto di mandato, ma il contratto di *commissione*. La distinzione è stabilita dalla legge e risulta chiaramente dai suoi termini. Da una parte infatti, il nostro art. 1984 (1856), definendo il mandato, lo fa consistere, come vedemmo, nella facoltà data al mandatario di fare qualche cosa *per il mandante ed in suo nome*; d'altra mano, gli art. 91 e 92 (87 e 88) del Codice di commercio (rifusi, per effetto della legge dei 23 maggio 1863 modificativa del tit. VI, lib. I, del Codice di commercio, in un solo articolo, portante il n. 94) dispone che « il commessionato è colui che agisce *in nome suo proprio*, o sotto un nome sociale per conto di un committente... »

828. E pure l'esattezza di questa distinzione è stata vivamente contraddetta. « A chi osserva le cose dalla sola superficie, ha detto specialmente Troplong, potrebbe sembrare che questa condizione di un mandatario che agisce in suo proprio nome sia particolare al contratto di commissione, mentre che quella del mandatario che agisce in nome del mandante sia propria del dritto civile. *Ma sarebbe questo un gravissimo errore* (2)... » Or bene intendiamoci: bando alle esagerazioni, e soprattutto si cerchi di evitare la confusione in cui sembraci caduto Troplong. Noi non abbiamo già la pretensione di credere che il dritto civile non ammetta rappresentanti o mandatarî che agiscano in loro proprio nome; nè molto meno intendiamo che il dritto commerciale non riconosca rappresentanti che agiscano in nome di colui o di coloro che rappresentano. Diciamo soltanto, e lo sosteniamo, che nella prima ipotesi la operazione, civile o commerciale, costituisce la commissione, mentre nel secondo costituisce il mandato; in altri termini, siccome la commissione può non essere commerciale, ma anche civile, così il mandato può non essere civile, ma anche commerciale: ma nompertanto ciascuna delle due parole avrà il suo valore e la sua significazione speciale.

La confusione in cui si cade al proposito dipende da ciò che, come sopra dicemmo, la parola *mandato*, nei molteplici significati che ha nella lingua francese, si adopera tanto per indicare il contratto in cui l'operazione ha luogo a nome del rappresentato, quanto quello in cui ha luogo a nome del rappresentante (*sopra*, n. 796). Diguisachè, presa in un largo significato, la parola *mandato* comprende e il mandato propriamente detto e la commissione: mandato è il genere, commissione la specie. Ma intesa in opposizione alla parola *commissione*, devesi naturalmente restringerla in uno stretto significato, cioè nel senso

(1) Parole di Tarrible (Locrè, *ibid.*, p. 254 e 255; Fenet, *ibid.*, p. 600 e 601).

(2) Troplong (*Del Mandato*, n. 521).

di una operazione fatta dal rappresentante in nome del rappresentato; ed ecco perchè, ritornando alla nostra prima proposizione, possiamo dire che il carattere proprio ed essenziale del mandato consiste nella funzione rappresentativa del mandatario che agisce non solo per conto, ma anche *in nome* del mandante.

829. Per altro, l'interesse di questa distinzione tra il mandato e la commissione riguarda specialmente le relazioni dell'agente o del contraente coi terzi. Le relazioni tra rappresentante e rappresentato sono in generale le stesse nell'uno e nell'altro contratto. Tuttociò che diremo, sotto gli art. 1991 (1863) e seguenti, delle obbligazioni che ha il mandatario di eseguire il mandato, di non eccedere i limiti del suo mandato, di agire da buon padre di famiglia e render conto, bisogna egualmente dirlo del commessionato nelle sue relazioni col committente.

V. — 830. In tal modo determinate le condizioni necessarie alla esistenza e alla validità del mandato, non che i caratteri particolari ed essenziali di tal contratto, è agevole vedere in che cosa il mandato differisca da talune altre convenzioni o operazioni colle quali più o meno si rassomiglia: e specialmente colla locazione di opera, col deposito, colla fideiussione, colla società; colla commissione, colla preposizione, colla senseria; infine col consiglio o raccomandazione.

831. Le relazioni e le differenze tra il mandato e la locazione d'opera, il deposito, la fideiussione e la società sono state da noi già in parte indicate.

Così, il mandato e la locazione d'opera si rassomigliano in ciò, che, nell'uno e nell'altro contratto, havvi una parte che si obbliga a fare qualche cosa per l'altra; e quando al mandato, di sua natura gratuito (art. 1986 (1858)), aggiungesi la stipulazione di un prezzo, i due contratti presentano allora un secondo elemento comune. Però, come abbiamo già detto (nn. 824 e seg.), essi differiscono in quanto che il mandatario esercita una funzione rappresentativa che non esercita punto il locatore, funzione per cui una persona, agendo invece di un'altra, obbliga questa verso i terzi e i terzi verso di lei; il che non potrebbe avvenire nella locazione d'opera.

Il deposito, come ebbimo già occasione di dire, è una varietà del mandato: è un mandato *sui generis*, il mandato *de re custodienda*. Nondimeno, come anche dicemmo, i due contratti differiscono in ciò che l'uno, il mandato, implica *una obbligazione di fare*, mentre il deposito, in principio, non obbliga ad alcun fatto attivo (*sopra*, nn. 20 e 385).

La fideiussione ha pure molta affinità col mandato, come diremo nel nostro commentario dell'art. 2011 (1883) (nn. 5 e seg.). Ma ne differisce in quanto che la fideiussione è un contratto accessorio per cui colui che si costituisce fideiussore si obbliga personalmente, mentre il mandato propriamente detto è un contratto principale che dà al mandatario la facoltà di obbligare il mandante senza obbligarsi personalmente.

Il contratto di società, sebbene non abbia che relazioni indirette col mandato, pure vi si rassomiglia in talune combinazioni che avvengono nella pratica. Di ciò abbiamo parlato nel nostro Trattato-Commentario della Società. Però giovi qui ricordare che la società è un contratto a titolo oneroso ed essenzialmente sinallagmatico (*vedi* il nostro commentario degli art. 1832 e 1833 (1704 e 1705), nn. 8 e seg.), mentre il mandato, contratto imperfettamente sinallagmatico, come sopra dicemmo (n. 801), rientra nella classe dei contratti di beneficenza, a cui appartiene sempre quand'anche non sia assolutamente gratuito (*infra*, art. 1986 (1858)).

832. La commissione, la preposizione, la senseria, operazioni tutte che riguardano più specialmente gli affari commerciali, si accostano anche al mandato in quanto che tutti hanno per oggetto di fare qualche cosa per altra persona. Nondimeno tra la commissione e il mandato propriamente detto, il mandato per come è da noi inteso e definito, esistono le differenze già indicate

(*sopra*, nn. 827 e seg.), sulle quali non occorre nuovamente tornare. La preposizione si rassomiglia anche più col mandato: il preposto, che differisce dal commissionato per la estensione o la permanenza dello incarico, non si limita, come quest'ultimo, a fare una operazione individualmente determinata; ma fa, come dicono con molta esattezza Delamarre e le Poitvin, una somma di atti commerciali compresi nella preposizione, e li eseguisce *pro arbitrio*, essendo, per un genere di affari, il *rappresentante* di colui che lo ha commesso (1). — La senseria è una semplice mediazione: il sensale è un *agente intermedio* (art. 74 (69) Cod. comm.), che procura o facilita il cambio dei valori, ma non contrae con alcuna delle parti, non si obbliga con alcuno, nè deve render conto, poichè, a differenza del mandatario, non ha avuto in realtà nulla da amministrare.

833. Potremmo anche parlare delle relazioni e delle differenze esistenti tra il mandatario, il prestanome e il gestore di affari. Però sarà più utile ed a proposito fare le nostre osservazioni, quanto al *prestanome*, quando ci occuperemo dei rapporti del mandante o del mandatario coi terzi (*infra*, art. 1998 (1870)), e, quanto al *gestore di affari*, quando parleremo, sotto l'articolo seguente, del mandato tacito e della pruova del mandato (nn. 846 e 874).

834. Giovi intanto immorare alcun poco sulla differenza esistente tra il mandato e il consiglio o la raccomandazione. La regola teorica è stata chiaramente stabilita da Domat. Conviene distinguere, egli dice, le procure, mandati e commissioni colle quali si dà un incarico espresso, coll'intendimento di formare una convenzione che obblighi, dai modi di obbligare con un consiglio, con una raccomandazione o con altri modi che non racchiudono la intenzione di formare una convenzione, ma che riguardano unicamente l'interesse della persona a cui si dà il consiglio, o quello di una persona che si raccomanda, che lasciano però libertà piena di fare o non fare ciò che vien consigliato o raccomandato. Infatti, in questo caso, non si forma alcuna obbligazione, e colui che riceve un consiglio, o che accorda qualche cosa ad una raccomandazione, non pensa certo che gli si debba rispondere dello avvenimento (2). Ecco dunque la regola: il mandato produce obbligazione, tanto per parte di chi lo riceve, il quale è tenuto ad eseguirlo e renderne conto, quanto eventualmente per parte di chi lo dà, il quale deve rendere indenne il mandatario di tutto ciò che abbia speso per la esecuzione del mandato stesso. Al contrario, nè il consiglio, nè la raccomandazione producono obbligazione; colui che riceve il consiglio non ha obbligo di attenervisi, come non è nemmeno tenuto ad accogliere la raccomandazione colui a cui è diretta; diguisachè, se abbia stimato a proposito di uniformarvisi, non avrebbe che reclamare o di che dolersi, quand' anche l'affare gli fosse riuscito dannoso.

835. Però, a giudicarne dalle numerose decisioni della giurisprudenza, cotesta regola, per quanto si mostri semplice nei suoi termini ed in teoria, può dar luogo nella applicazione a gravissime difficoltà. Nè è possibile stabilire principi certi e generali, in forza dei quali potessero quelle risolversi; avvegnachè tutto dipenda dalle circostanze. Possiamo soltanto dire, in tesi generale, che, nel dubbio, devesi supporre il consiglio o la raccomandazione, e non mai il mandato, il quale, come vedremo nel commentario dell'articolo seguente, non può, in principio, ammettersi per presunzione. Così la pensano gli scrittori (3), e, sebbene questa idea sia stata anche confermata dalla giurisprudenza ed abbia ispirato molte de-

(1) Delamarre e le Poitvin (*Tratt. teorico e pratico del dritto commerciale*, t. II, n. 9).

(2) Domat (*Leggi civili*, lib I, tit. XV, sez. 1, n. 13). *Vedi* pure Pothier (nn. 18 e seg). *Junge*: Troplong (nn. 13 e seg., 44 e seg.).

(3) *Conf.* Pothier (*loc. cit.*, e specialmente al n. 20).—*Vedi* pure Troplong (n. 50).

cisioni, pure bisogna riconoscere che in molti casi è stata manifestamente sveduta o elusa, come sorge dalle tante decisioni pronunziate relativamente ai notari che abbiano preso parte sia nello impiego di capitali, sia in atti del loro ministero. In questa occasione si è specialmente sollevata la difficoltà di cui parliamo.

836. E invero, se non è proprio dello esercizio delle funzioni di notaro, è certo una necessità della sua condizione mettere in relazione persone che non si conoscono, cercare sia un mutuante per un cliente che ha bisogno di danaro, sia un compratore per un proprietario che vuole smettersi della sua proprietà. Certamente, da questi fatti per sè stessi, non può dedursi la intenzione del notaro di costituirsi mandatario delle parti per cui si adopera. E pure, moltissime decisioni hanno giudicato che il notaro che si interpone per il collocamento di capitali appartenenti ad una persona *si costituisce con ciò mandatario* di questa ultima, e che quindi sia responsabile se, per insufficienza delle cautele promesse o per qualunque altra causa, l' affare riesca a male (1). Ma in ciò evvi o almeno può esservi della esagerazione. Questa soluzione sarebbe certamente esatta se, come in alcune delle specie sottoposte ai tribunali, la interposizione del notaro fosse accompagnata da fatti positivi, da promesse precise, da corrispondenze significative; poichè allora prende il carattere di una ingerenza personale, che ben fa supporre essersi egli costituito mandatario.

Ma se non vi sia stato nulla di tutto questo, come nella massima parte dei casi risoluti dalle citate decisioni, se il pagamento delle somme sia stato fatto dalla parte medesima *che figuri nell' atto e stipuli in suo nome*, se sia esclusa dalle circostanze l'idea che il notaro abbia agito nello interesse ed in vece del mutuante o del venditore, la sua interposizione, il suo operato non potrebbe altrimenti riguardarsi che come un consiglio a cui quest'ultimo può o no a suo libito uniformarsi, a suo rischio esclusivo, e senza aspettare, come dice Domat, *che gli si debba rispondere dello avvenimento*. Vedervi un mandato, sarebbe andar contro la verità delle cose e dei fatti, fraintendere la regola d'interpretazione, da noi testè stabilita sull'autorità degli scrittori, cioè, che nel dubbio bisogna supporre il consiglio o la raccomandazione e non il mandato. Nè vale che, nel caso proposto, l' intermedio sia un notaro; la regola d' interpretazione dovrà anche a lui applicarsi, poichè questi fatti sono assolutamente estranei alle sue funzioni, ed egli vi interviene non come ufficiale pubblico che eserciti il suo ministero, ma come qualunque altra persona non rivestita d'una pubblica funzione.

In tal condizione adunque valgono per lui, come per qualunque altro, le regole del dritto comune; e in conseguenza possiam dire, anche rispetto a lui, che nel dubbio l'idea del consiglio deve prevalere a quella del mandato.

837. Però, anche il consiglio e la raccomandazione possono far nascere obbligazioni. Infatti Domat, compiendo la dottrina da noi sopra ricordata (n. 834), soggiunge che « se vi sia dolo da parte di colui che dà il consiglio o fa la raccomandazione, o se egli si obblighi alle perdite che possano imputargli si, come per esempio, se abbia consigliato di prestar danaro ad uno sconosciuto, assicurando il mutuante che sarebbe puntualmente pagato, *allora egli*

(1) Tolosa, 30 maggio 1820 (S. V., 30, 2, 144; Dalloz, 30, 2, 181); Parigi, 22 maggio e 16 agosto 1832 (S. V., 32, 2, 459 e 567; Dalloz, 32, 2, 130 e 208); 26 gennaro 1833 (S. V., 33, 2, 157); Rennes, 9 luglio 1834 (S. V., 35, 2, 105); Ric., 3 dicembre 1835 (S. V., 36, 1, 145; Dalloz, 36, 1, 17); Douai, 22 dicembre 1840 (S. V., 41, 2, 139; Dalloz, 41, 2, 139); Ric., 13 dicembre 1841 (S. V., 42, 1, 143; Dalloz, 42, 1, 23); Parigi, 18 febbraro 1842 (S. V., 42, 2, 204; Dalloz, 42, 2, 70); Rig., 17 marzo 1845 (S. V., 45, 1, 262; Dalloz, 45, 1, 186; J. P., 1845, 1, 388); Bordeaux, 20 giugno 1853 (Dalloz, 54, 2, 113; J. P., 1855, 1, 288).

dovrà risponderne (1). » E ciò non può mettersi in dubbio: solo diremo che, in tal caso la obbligazione non dipende già dalla idea del mandato, ma dal principio generale consacrato negli art. 1382 (133) e seguenti del Codice Napoleone: però non bisogna estendere questa soluzione oltre ai suoi termini.

838. Ecco intanto una specie in cui questa regola di responsabilità è stata visibilmente ecceduta. — Taluni immobili erano stati venduti ad alcuni acquirenti per mezzo di un prestanome, il quale, annullata la controscrittura con cui obbligavasi a stipulare l'atto di vendita in favore di coloro per conto di cui aveva acquistato, rimase personalmente proprietario. Avendo costui, prima di trascrivere, pagato il prezzo a taluni creditori delegatari, fu costretto pagare nuovamente ad un altro creditore che avea preso iscrizione a carico di coloro per conto dei quali era stato fatto primitivamente lo acquisto. Dopo di ciò, rivolgendosi contro il notaro che stipulò l'atto che annullava la controscrittura, lo chiamava responsabile perchè gli avea consigliato di pagare prima della trascrizione, assicurandolo che, per effetto dello annullamento della controscrittura, egli, ultimo acquirente, fosse succeduto direttamente al venditore, e quindi non avesse nulla a temere per parte dei creditori degli acquirenti intermedi. La domanda in prima istanza fu respinta, avendo i primi giudici considerato, in questo affare in cui non erasi neppure un istante dubitato della buona fede del notaro, che, « supposto che avesse dato il consiglio di pagare prima della trascrizione, ciò avrebbe costituito un errore di dritto e non una colpa di cui potesse essere dichiarato responsabile. » Però, in appello, la decisione fu annullata dalla Corte della Guadalupa, fondandosi su ciò che il notaro non dovea ignorare « che annullando la controscrittura, non potevasi impedire di prendere iscrizione contro gli acquirenti nel termine stabilito dagli art. 834 e 835 (917 e 918) del Codice di procedura (abrogati oggi colla legge dei 23 marzo 1855); ed il suo errore, in conseguenza del quale fu il secondo acquirente obbligato a pagare due volte il prezzo dello acquisto, è così grossolano da costituire una colpa grave e renderlo responsabile del danno sofferto dall'acquirente. » E la Corte suprema, vedendo in tutto questo una semplice dichiarazione di fatti e di circostanze, rigettò il ricorso diretto contro la decisione (2).

Però, nella specie, trattavasi ben d'altro che di un semplice esame di fatti in cui non potesse entrare la Corte di cassazione; essendo incorsa la Corte di appello in una vera confusione di principi, applicando al semplice consiglio quelli del contratto di mandato. Tanto ciò vero, che la medesima Corte di cassazione, per pronunziare il rigetto, stimò necessario scrivere *in testa* della sua decisione « che nella *specie* era stato dichiarato in fatto (dai *giudici* del merito), che il ricorrente *avea agito* come *mandatario salariato*... » Ma così sconoscevasi la verità dei fatti: nella specie, l'idea di mandato era rimasta e dovea rimanere assolutamente estranea alla quistione, sia in prima istanza, sia in appello. I primi giudici aveano liberato da qualunque responsabilità lo attore in cassazione, appunto perchè avea agito o parlato *per semplice consiglio*; e per contro in appello era stato condannato, non per cagion di una mancanza da lui commessa nella esecuzione di un mandato, ma pel danno sofferto dal convenuto seguendo il consiglio di lui. La lotta dunque era impegnata non tra mandante e mandatario, ma tra due litiganti uno dei quali avea dato all'altro un consiglio che costui avea stimato dover seguire. Ora, stando così le cose, il primo

(1) Domat (*loc. cit.*). — *Vedi* pure Pothier (n. 18); Merlin (*Rep.*, alla parola *Mandato*, § 1, n. 5); Duranton (n. 202); Aubry e Rau (t. III, p. 459, nota 9).

(2) Ric., 28 nov. 1843 (S. V., 43, 1, 861; Dalloz, 44, 1, 5; J. P., 1843, t. II, p. 802).

la cui buona fede per altro non era messa in dubbio, dovea naturalmente essere protetto dalla regola di dritto, secondo cui il consiglio non dà luogo a responsabilità se non quando sia stato dato per dolo o di mala fede, o quando sia il principio e la causa di un danno imputabile.

839 Ma nella causa giudicata dalla Corte della Guadalupa, il consiglio era stato dato da un notaro: la qual considerazione dovette certamente determinare la Corte a decidere in quel modo. Infatti, togliete per poco questa qualità, e la decisione diventerà inesplicabile. Voi comprate una casa, ed uno dei vostri amici, straniero come voi alla pratica degli affari e alla scienza delle leggi, vi determina coi suoi consigli a pagare il prezzo prima della trascrizione: in questi termini, non sarà punto dubbio che, qualunque danno ve ne avvenga in seguito, quand'anche sareste costretto a dimettere la casa acquistata o pagarne nuovamente l'intero prezzo, non vi sarebbe alcun magistrato che potesse dare ascolto alle vostre lagnanze, o permettervi di agire contro l'amico di cui seguiste il consiglio. Adunque nella specie giudicata dalla Corte della Guadalupa, l'azione fu ammessa appunto perchè diretta contro un notaro. Ma se ciò spiega la decisione, non la giustifica per niun modo. Invero, potrebbe dirsi che la condizione di notaro, l' abitudine degli affari, le conoscenze che devonsi in lui supporre, gli fanno acquistare sull'animo del cliente una tale influenza, che questi difficilmente potrà resistere al pensiero di seguirne il consiglio. Ma non sta in ciò la quistione; avvegnachè un tale argomento potrebbe invocarsi tanto se i consigli fossero stati dati da un notaro, quanto se da altre persone a cui vorrebbe opporsi per ragion della loro condizione relativa. Per esempio, per ciò che riguarda la scienza, il consiglio di un professore, di un dottore in dritto, ecc., sarebbe certamente di tanta, se non maggiore autorità, quanto quello di un notaro; e, per ciò che riguarda l' influenza, il consiglio del padrone, del superiore gerarchico, ecc., non sarebbe punto da meno di quello del notaro. E pure, si dirà per questo che il professore, il dottore, il padrone, a differenza di qualunque altra persona, siano con più rigore responsabili pei consigli che avessero dati? No certamente; e purchè il consiglio sia stato leale, sincero, dato senza alcun calcolo di mala fede, colui che lo ha ricevuto, qualunque sia stata la ragione onde si indusse ad uniformarvisi, non avrà alcuna azione per risarcimento del danno che avrà potuto soffrire. Pongasi dunque da banda un argomento del tutto secondario, e teniamoci ai principî. Or quanto diciamo del professore, del dottore, del padrone, devesi ugualmente dire del notaro. Certamente, in alcuni casi il consiglio può esser causa di responsabilità pel notaro, quando cioè sia inerente allo esercizio medesimo delle sue funzioni, e riguardi la formazione delle convenzioni da lui stipulate ed autenticate: allora infatti, dovendo egli per ragion del suo ufficio diriggere le parti, è naturale che i consigli dati in quest'ordine di fatti e di idee impegnino la sua responsabilità, giusta i termini della legge dei 25 ventoso anno 11. Eccetto però questo caso, in tutto ciò che non rientri nello esercizio medesimo delle sue funzioni, i consigli che potrà dare un notaro sono puramente officiosi; e, poichè rispetto a lui, come rispetto a qualunque altra persona, non vi ha alcuna ragione di confonderli col mandato, può dirsi con ragione che il notaro non sia nè possa essere responsabile se non ai termini del dritto comune. Quando dunque dia un consiglio senza dolo o mala fede, la parte che vi si uniforma agisce a suo rischio e pericolo, e, secondo le parole di Domat, non può sperare che le si risponda dello avvenimento.

840. Ciò per altro è stato varie volte riconosciuto dai Tribunali e dalla medesima cassazione.

Così, un notaro era stato condannato, come responsabile di un parere da lui dato, a garentire le spese di un litigio in cui era stato annullato uno dei suoi atti. Ma, in appello, la Corte di Caen, revocando

per questa parte la sentenza, dichiarò espressamente, che invero il notaro, nella sua qualità, « ha obbligo di illuminare i contraenti sulla importanza dei loro impegni, ma che in dritto *i consigli dati di buona fede, anche da un pubblico ufficiale*, non potrebbero ingenerare alcuna obbligazione nè dar luogo ad alcuna azione contro di lui... (1). »

La Corte d'Orléans avea pure giudicato nel medesimo senso, annullando una sentenza che avea dichiarato responsabile un notaro rispetto al suo cliente, creditore ipotecario la cui ipoteca convenzionale era stata annullata per non essersi specialmente indicati i beni ipotecati. « Certamente, avea detto la Corte di Orléans tra gli altri motivi, i notari hanno moralmente l'obbligo di avvertire le parti dei vizi che possono esistere nelle loro convenzioni; ma ciò non importa che se di buona fede si ingannino sulla efficacia delle convenzioni da loro stipulate, possano esserne chiamati responsabili...; così intesa, la responsabilità dei notari farebbe pesare su di loro obbligazioni che in casi analoghi non avrebbero le altre persone che esercitano professioni liberali, mentre lo errore deve ricadere dapprima e principalmente sulla parte, la quale non può quindi riversare sul notaro le conseguenze di un suo errore, non potendo da alcuno allegarsi per iscusa la ignoranza di una legge generale... » Ed il ricorso diretto contro tale decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione, poichè, *non essendo stata messa in dubbio la buona fede del notaro*, la Corte d'Orléans avea ben fatto a decidere che l'obbligo morale che ha il notaro (il quale per altro non avea agito *come mandatario*) di consigliare le parti contraenti ed illuminarle sulla efficacia degli atti, non può estendersi fino a renderlo responsabile di un errore di dritto che non concerne *la regolarità della forma*... (2).

Ecco i veri principì, su cui non occorre più oltre immorare; sicchè, dopo aver detto delle condizioni essenziali al *contratto di mandato*, conviene ora parlare delle condizioni di forma stabilite nell'articolo seguente.

1985 (1857). — Il mandato può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettera. Può eziandio farsi verbalmente; ma non è ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *De' Contratti o delle Obbligazioni convenzionali in generale.*

L'accettazione del mandato può esser tacita, e risultare dall'esecuzione che gli ha data il mandatario.

SOMMARIO.

I. 841. Il nostro articolo riguarda principalmente le condizioni di forma del contratto di mandato, e accenna indirettamente alla pruova del mandato. — 842. Interesse di separare questi due ordini d'idee. Divisione.

II. 843. Condizioni di forma del contratto. *È fondato essenzialmente sul consenso reciproco delle parti. — 844. Dal che segue che, per principio generale, non sia soggetto ad alcuna forma particolare, essenziale per la sua validità. Quindi, potrà farsi verbalmente o anche per segni. — 845. Può anche farsi* tacitamente : *censura della contraria opinione di alcuni scrittori — 846. Continuazione : ma in nessun caso, sotto il Codice Napoleone, il solo silenzio di colui per cui si agisce implica l'idea di mandato; controversia. — 847. Riepilogo e conchiusione. — 848. Il mandato tacito può risultare.*

(1) Caen, 2 febb. 1857 (Dalloz, 57, 2, 151).
(2) Ric., 22 dicembre 1840 (S. V., 41, 1, 39; Dalloz, 41, 1, 42).

sia dalla reciproca condizione delle parti, sia da atti o fatti capaci di manifestare il consenso.—849. Esempi di mandato tacito risultante dalla condizione rispettiva delle parti: dei coniugi l'uno rispetto all'altro: distinzioni; — 850. Del padrone rispetto al domestico, distinzioni; — 851. Del padrone rispetto ai commessi o preposti; — 852. Degli ufficiali ministeriali rispetto ai loro commessi.— 853, 854. Quid *del notaro rispetto ai clienti? Controversia. — 855. Esempi di mandato risultante da atti o fatti: il mandato per ricevere un pagamento può risultare dalla esistenza dei titoli in mano di colui che procede. — 856. Della elezione di domicilio: distinzioni. — 857. Transizione.*

III. 858. Delle condizioni di forma della procura data dal mandante: *trattasi qui principalmente del mandato scritto.— 859. Il mandato può farsi con atto pubblico o con iscrittura privata; esiste sempre, qualunque siano le parole con cui il mandante manifesti la sua volontà. — 860. Può darsi in bianco. — 861. In generale, il mandante può scegliere sia la forma dell'atto pubblico, sia quella della scrittura privata. — 862. Quando il mandato si dà in quest' ultima forma, non è necessaria la formalità della doppia scrittura; — 863. Nè quella del* buono o approvato. — *864. Quando si dà per atto pubblico, l'atto può essere stipulato in brevetto. — 865. Casi eccezionali in cui il mandato deve essere dato per atto pubblico. — 866. Il mandato per accettare una eredità col beneficio dell' inventario o per rinunciarla non si comprende tra questi casi. — 867. Un tal mandato può anche darsi verbalmente.*

IV. 868. Condizioni di forma dell'accettazione. *L'accettazione può essere espressa e fatta per atto scritto o per lettera. — —869. Ma non bisogna che sia espressa; può essere tacita e risultare dalla esecuzione. — 870. Potrebbe esistere prima di qualunque atto di esecuzione?*

V. 871. Della pruova del mandato.— *Testo dello art. 1985 (1857). — 872. Questo articolo non riguarda la pruova del mandato fatto per iscritto — 873. Ma riguarda il mandato non scritto, sia quello* tacito, *sia quello* verbale; *— 874. Non già la gestione di affari: come può questa provarsi. — 875. La pruova del mandato tacito o verbale deve farsi secondo le regole del dritto comune; — 876. Anche rispetto ai terzi: controversia. — 877. La pruova dell'accettazione è sottoposta a condizioni meno rigorose: regole da seguire al proposito. — 878, 879. Applicazioni.*

I. — **841.** Il nostro articolo riguarda principalmente le condizioni di forma del contratto di mandato, o, in altri termini, il modo onde debba o possa manifestarsi il consenso reciproco delle parti, su cui fondasi essenzialmente il contratto. Ma havvi un altro punto che la legge non dovea omettere. Infatti, non basterebbe la esistenza del consenso, se non fosse certa, e, in caso di lite, non potesse provarsi. Quindi è che il nostro articolo parla anche correlativamente della pruova del mandato.

842. In generale, la legge si è mostrata più esigente per la pruova anzichè per le condizioni di forma del contratto di mandato. Per questo appunto è importante distinguere questi due ordini di idee troppo spesso confusi. Invero, la correlazione tra di loro esistente sembra a primo aspetto così intima, da giustificare in certo modo la poca cura che in generale si è messa a separarli. Ma nondimeno è importante; e noi quindi, tanto con questo intendimento, quanto per rendere più chiare le nostre spiegazioni, esamineremo prima le quistioni relative alle condizioni di forma del mandato, e poi quelle riguardanti la pruova dello stesso. Parleremo adunque successivamente, *per quanto riguarda la forma*: 1° del contratto di mandato in generale; 2° del suo primo elemento, cioè della facoltà di agire conferita dal mandante; 3° del suo elemento compitivo, ossia dell'accettazione del mandatario. Dopo di che, venendo *alle quistioni di pruova*, parleremo distintamente del consenso re-

ciproco delle parti, secondo che sia stato manifestato a voce o in iscritto, espressamente o tacitamente.

II. — 843. Il contratto di mandato è essenzialmente fondato sul consenso reciproco delle parti tra cui si forma. Colui il quale incarica una persona di fare qualche cosa, come diceva con somma esattezza il tribuno Tarrible, non ha sopra di essa nè dritto, nè autorità per costringerla ad eseguire i suoi voleri; non può dunque esservi nè vincolo, nè dovere, nè obbligazione, finchè la commissione non sia volontariamente accettata dal mandatario. Solo da questo punto il contratto prende consistenza, e fa nascere tra i due contraenti le obbligazioni che gli son proprie (1). Adunque, il contratto formasi col concorso di due persone, una delle quali conferisce l'obbligo o la facoltà di agire per essa all'altra, presente o assente, la quale accetta, o espressamente consentendo di incaricarsi del mandato, o tacitamente prestandosi alla sua esecuzione.

844. Da questa breve esposizione, in cui sono riepilogate le due disposizioni del nostro articolo, sorge che il mandato, contratto consensuale (*sopra*, n. 800), formasi col solo consentimento delle parti, non essendo, per regola generale, sottoposto ad alcuna forma particolare, essenziale alla sua validità; e che quindi può conferirsi verbalmente o anche con segni. Secondo il primitivo pensiero dei compilatori del Codice, il mandato potea farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettere; ma, in tutti i casi, *dovea essere scritto* (art 2 del progetto). Il Tribunato, avuta comunicazione officiosa del progetto, fece giustamente osservare che la legge proposta contenesse in ciò una lacuna (2), non essendovi alcuna plausibile ragione per escludere il mandato verbale, e negargli di produrre il suo effetto, in tutti i casi in cui potrebbe essere provato secondo le regole del dritto comune stabilite nel titolo *Dei Contratti o delle Obbligazioni in generale*. In conseguenza di tali osservazioni, fu ammesso non essere necessaria la scrittura per la costituzione del mandato, il quale, quand'anche dato con parole o con segni, può essere capace, quando se ne riconosca o se ne provi la esistenza, di creare tra le parti le obbligazioni proprie del contratto (3).

845. Ciò solo basta per dire che, sotto il Codice Napoleone, siccome nel dritto romano e nel nostro antico dritto francese (sebbene con minore estensione, come or ora vedremo), il mandato può costituirsi anche *tacitamente*, cioè senza alcuna dichiarazione *espressa* della volontà delle parti. Nondimeno alcuni scrittori hanno ciò contraddetto. Seguendo un sistema del tutto radicale, Proudhon e Toullier intendono specialmente fondarsi sul nostro art. 1985 (1857), per dire che il mandato tacito sia assolutamente escluso dal Codice Napoleone. Secondo loro, havvi tra le due disposizioni di questo articolo una opposizione o una antitesi delle più notevoli. Nella prima si legge che il mandato può farsi per atto pubblico, per iscrittura privata, per lettera o verbalmente; adunque il testo non ammette che il mandato *espresso*, sia scritto, sia verbale. Nella seconda al contrario, dicesi che l'accettazione può essere *tacita*. La quale opposizione conferma viemmaggiormente la induzione cavata dalla prima parte dello articolo.—Secondo un altro sistema, muovendosi ugualmente dall'idea che il mandato tacito sia stato abolito dal Codice Napoleone, si conviene nompertanto doversi alle volte cedere alla forza stessa delle cose. Questa opinione è sostenuta da Duranton, Delamarre e le Poitvin, i quali ritengono che il mandato tacito sia perfettamente conforme alla ragione, che il Co-

(1) Rapporto al Tribunato (Fenet, t. XIV, p. 591; Locré, t. XV, p. 244).

(2) Fenet (t. XIV, p. 575); Locré (t. XV, p. 226).

(3) *Vedi* Proudhon (*Usufrutto*, t. III, n. 1317); Toullier (t. XI, nn. 23 e seg.); Toullier (t. VI, p. 510).

dice l'abbia abolito senza alcuna ragione, e che ciò non ostante debba ammettersi in moltissimi casi (1).

Noi però diremo, di accordo colla giurisprudenza e colla maggior parte degli scrittori (2), che il mandato tacito deve in moltissimi casi ammettersi appunto perchè pienamente conforme coi principi del Codice Napoleone. Supporre il contrario, importerebbe non solo sconoscere la forza medesima delle cose, che si è riconosciuta anche più potente della legge in uno dei due sistemi indicati, ma si andrebbe contro tutte quelle disposizioni del Codice concernenti il modo come può manifestarsi il consenso. Nemico delle solennità, come delle sottigliezze di forma, il legislatore francese ritiene che, in generale, la manifestazione del consenso non sia sottoposta ad alcuna formalità intrinseca, essenziale alla sua validità, ed ammette in conseguenza potersi dare il consenso, sia espressamente in una forma qualunque, cioè per iscritto, con parole o anche con segni, sia tacitamente, cioè con fatti o atti talmente caratterizzati da non lasciar punto dubbio sulla volontà di colui da cui promanano.

Invero, questa regola non è assoluta, ma soffre eccezione per alcuni contratti qualificati solenni, e in varî casi in cui il consenso deve risultare da una espressa manifestazione. Ma tali eccezioni sono determinate dalla legge, la quale si prende pensiero di indicarle quando lo crede a proposito; dimodochè deve prevalere la regola generale in tutti i casi in cui non siavi una disposizione eccezionale e derogatoria. Or esiste forse una tal disposizione pel mandato, per questa convenzione del dritto delle genti (*sopra*, n. 789), compresa già dai Romani tra i contratti consensuali? No; e si ha torto ad invocare il nostro articolo per sostenere il contrario. Se la prima disposizione dello art. 1985 (1857) parla soltanto del mandato *scritto* e del mandato *verbale*, ciò non importa che debba intendersi restrittivamente e che ne sia escluso il mandato *tacito*: a convincerci di ciò, basta riferircene ai motivi da cui fu mosso il Tribunato a proporre la compilazione del nostro articolo nel modo come è attualmente scritta nel Codice. Come dicemmo nel numero precedente, il Tribunato, in presenza di un progetto che stabiliva doversi il mandato fare sempre per iscritto, con che escludevasi il mandato verbale, e, *a fortiori*, quello tacito, comprese ciò essere in opposizione alla regola secondo cui non è necessaria la scrittura per la pruova, se non quando trattisi di cose che eccedano la somma o il valore di 150 franchi (Cod. Nap., art. 1342 (1295 M)). E volendo quindi estendere lo impero di questa regola al contratto di mandato, il quale infatti non doveva per alcuna ragione esserne eccettuato, propose di dire, aggiungendo al progetto in cui parlavasi unicamente del mandato *fatto per iscritto*, che il mandato « potrebbe eziandio farsi *verbalmente*, ma che non sarebbe ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *Dei Contratti o Delle Obbligazioni in generale*. »

Donde rilevasi chiaramente, che la [illegible] rola *verbalmente*, in questo modo [illegible] questo intendimento inserita nel [illegible] ticolo 1985 (1857), non che [illegible] oggetto, nè ha potuto [illegible] fare entrare il contratto [illegible] contratti eccezionali [illegible]

tendo ottenere all'amichevole il pagamento dei suoi onorari, a spingere domanda contro i coeredi, in seguito alla quale, con sentenza dei 12 gennaro 1809, furono questi condannati in solido in suo favore. In appello, la Corte di Parigi, a 12 luglio seguente, annullò la sentenza per la parte della solidarietà; e nel mentre riconobbe che il lavoro della liquidazione era stato fatto col consentimento di tutti gli eredi e nel loro comune interesse, ordinò che la sentenza avesse effetto contro ciascuno erede per la parte che rappresentava nella eredità. Il notaro reclamò alla cassazione, e la decisione fu annullata per violazione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone (1). La decisione non contiene nemmeno una parola che accenni ai caratteri distintivi del mandato. In essa, è vero, si dice, o meglio si indica che ***i notari sono mandatari***; dal che pretenderebbesi trarre argomento in favore del sistema contrario. Ma siffatta proposizione, altronde per sè stessa inesatta (*infra*, n. 853), devesi naturalmente intendere secondo l'ordine d'idee in cui agitavasi il giudizio innanzi alla Corte. Nelle loro contestazioni le parti, l'una per sostenere, le altre per combattere la solidarietà, di cui solo si contendeva, aveano creduto dover qualificare la convenzione o l'accordo tra di loro corso, queste come locazione d'opera, quella come contratto di mandato. Posta in questi termini la discussione, la Corte di cassazione, senza curarsi di stabilire i caratteri distintivi della locazione o del mandato, si appigliò a quest'ultimo sistema: non ammise che i notari potessero riguardarsi come locatori di opera; ma ritenne piuttosto doversi paragonare al mandatario; dal che si spinse a decidere che il notaro, richiesto da diverse parti insieme per un atto a farsi nel comune interesse, abbia dritto di chiamarli tutti in solido per analogia e per induzione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone; di guisachè l'idea di mandato apparisce secondariamente, non come la espressione di un principio: insomma la Corte invocò una regola propria del mandato, per applicarla a *titolo* di analogia. La decisione non può altrimenti intendersi; tanto vero che, tra tutti i raccoglitori che la riferiscono, neppur uno ce la dà come se avesse giudicato che i notari siano realmente mandatari; ma tutti vi scorgono dominante l'idea che, nel caso proposto, tutti i coeredi siano tenuti in solido verso il notaro al pagamento degli onorari, aggiungendo, per meglio stabilire e dimostrare che havvi semplicemente una analogia, che questo caso può assimilarsi ***a quello*** in cui più persone abbiano promesso un salario al mandatario da essi scelto congiuntamente (2).

Non si dica dunque che la Corte di cassazione abbia in questa decisione *ritenuto* che il carattere distintivo del mandato debba o possa trarsi dalla qualità o dalla natura dei fatti che debbonsi compiere dal mandatario. Da essa non può altro *ragionevolmente* inferirsene se non che, come testè dicevamo, la distinzione dei fatti secondo la loro natura, la differenza dei lavori che si pagano con un prezzo e quelli che si ricompensano con onorari, può servire di guida per determinare qual sia il contratto nominato, mandato o locazione, i cui principî debbano invocarsi per regolare tra le parti gli effetti della loro convenzione. Laonde, potrà ben dirsi che l'artista o lo scienziato che si sia obbligato per una somma ad eseguire un lavoro per conto di una persona, abbia dritto, se occorra, di esser trattato come un mandatario; e che, per esempio, se ha lavorato per conto di più persone, abbia dritto di chiamarle in solido per induzione dell'art. 2002 (1874) del Codice Napoleone, o, se ha anticipate delle somme per la esecuzione del suo lavoro, abbia dritto agli interessi dal giorno in cui si verifica essersene fatto lo anticipo, per

(1) Cass., 27 genn. 1812 (S. V., 12, 1, 198; *Coll. nov.*, 4, 1, 14; Dalloz, 12, 1, 216; *Racc. alf.*, t. X, p. 435; J. P., 13, 86; *Coll. nov.*, alla sua data).

(2) *Vedi* specialmente S.V. (*Coll. nov.*, *loc.cit.*).

induzione dell'art. 2001 (1873). Ma ciò non risolverebbe punto il problema, conciossiachè, se atteso l'indole o la qualità del lavoro che forma oggetto della obbligazione dello artista o dello scienziato, non si può considerare la convenzione come una locazione d'opera, non si dirà certo per questo che sia un mandato propriamente detto; nè per conseguenza può da quelle dedursi il carattere distintivo del mandato.

826. Ma qual sarà dunque il vero carattere del mandato? Esso, come dicemmo, consiste nella rappresentazione giuridica del mandante per mezzo del mandatario; la qual proposizione, tradotta fedelmente dalla massima: *Qui mandat ipse fecisse videtur*, se è stata contraddetta da eminenti giureconsulti, ha avuto pure i suoi eminenti difensori che l'ànno sostenuta con molto calore (1). Invano si oppone che la funzione rappresentativa di colui che fa qualche cosa per un'altra persona non sia incompatibile colla locazione d'opera. Se con ciò si intende dire che il mandato possa concorrere con un'altra operazione, specialmente colla locazione, l'obbiezione non avrebbe valore. Infatti, è comunissimo nel nostro dritto veder misti in unica convenzione contratti diversi; il che non importa per niun modo che essi siano assorbiti in un solo: e appunto perchè la locazione e il mandato concorrerebbero come elementi di unica operazione mista, non sarebbe questa una ragione per confonderli, sconoscendo i caratteri propri di ciascuno di essi. — Se si intende dire che la funzione rappresentativa dello agente sia una condizione comune alla locazione d'opera e al mandato, l'obbiezione sarebbe manifestamente erronea; e basterebbe, per convincersene, volgere per poco l'occhio al testo dell'art. 1710 (1556), il quale definisce la locazione d'opera, e metterlo in relazione colla disposizione del nostro articolo 1984 (1856), il quale ha voluto definire il mandato. La locazione d'opera, secondo l'art. 1710 (1556), « è un contratto col quale una delle parti si obbliga di far qualche cosa per l'altra, mediante una mercede tra esse convenuta. » Or, lungi di esservi qualche cosa che accenni l'idea di una rappresentazione giuridica, ciascuna parola di questo articolo fa rispiccare l'idea di un *negozio* fatto tra due persone, una delle quali, sebbene faccia qualche cosa per l'altra, pure agisce per conto proprio, in forza della sua propria attitudine, nel suo interesse particolare, e in considerazione della mercede convenuta o del beneficio che ritrarrà dalla esecuzione del negozio. Vediamo ora la definizione del mandato, per difettosa che sia, secondo i termini del nostro art. 1984 (1856): « È un atto col quale una persona dà ad una altra la facoltà di fare qualche cosa *per essa ed in suo nome...* » Ma che altro significa ciò, se non che il mandato implica l'idea di una operazione eseguita da una persona, non per sè stessa e nel suo interesse, ma per conto di un'altra persona, in nome e nello interesse di cui lo agente procede ed agisce? Certamente, l'art. 1984 (1856) non indica a sufficienza i caratteri propri del contratto, come già fu da noi osservato, d'accordo con quasi tutti gli scrittori (*sopra*, n. 798): ma ad ogni modo la funzione rappresentativa del mandatario vi è chiarissimamente notata, e, non fosse che per ciò solo, potrebbe ben dirsi essere questo appunto il vero carattere del contratto. Ma vi ha dippiù molte altre disposizioni che concordano colla medesima idea. La legge, appunto perchè il mandatario non agisce per sè stesso ed in suo nome, appunto perchè è semplicemente l'organo del mandante, e la sua persona deve scomparire « come un'impalcatura divenuta inutile dopo la costruzione dell'edificio (2), » non ha richiesto in lui alcuna condizione

(1) *Vedi* specialmente Duvergier (*Della Locazione*, t. II, nn. 267 e seg.). — *Junge*: Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 370, nota 1; p. 458, nota 2); Taulier (t. VI, p. 284 e seg.); Boileux (t. VI, p. 147 e seg.). — *Conf.* Mourlon (t. III, p. 438 e seg.).

(2) Parole del tribuno Tarrible nel suo rapporto al Tribunato (Locré, t. XV, p. 249; Fenet, t. XIV, p. 593 e 596).

di capacità personale, purchè il mandante sia capace di contrattare (art. 1990 (1862)). Le obbligazioni assunte dal mandatario, appunto perchè egli è « l'immagine del mandante, e non fa che rappresentarlo (1), » legano ed obbligano il mandante verso i terzi (art. 1998 (1870)), senza obbligarsi egli personalmente (art. 1997 (1869)). Infine, il mandante è sempre libero di rivocare la data facoltà (art. 2004 (1876)), appunto perchè il mandato implica l' idea di una rappresentazione fondata unicamente sulla confidenza ispirata al rappresentato dal rappresentante. Or tutto questo sembraci decisivo, e crediamo poter dire con ragione che la prima proposizione sia pienamente giustificata.

827. La nostra seconda proposizione non richiede molte spiegazioni; consistendo il dissenso più nelle parole che nella sostanza delle cose. Come adunque dicemmo, per caratterizzare il mandato, non basterebbe una qualunque rappresentazione giuridica del mandante per mezzo del mandatario; ma vuolsi che il rappresentante agisca *in nome* del rappresentato. Se agisse *in suo proprio nome* per conto di un altro, non vi sarebbe più il contratto di mandato, ma il contratto di *commissione*. La distinzione è stabilita dalla legge e risulta chiaramente dai suoi termini. Da una parte infatti, il nostro art. 1984 (1856), definendo il mandato, lo fa consistere, come vedemmo, nella facoltà data al mandatario di fare qualche cosa *per il mandante ed in suo nome*; d'altra mano, gli art. 91 e 92 (87 e 88) del Codice di commercio (rifusi, per effetto della legge dei 23 maggio 1863 modificativa del tit. VI, lib. I, del Codice di commercio, in un solo articolo, portante il n. 94) dispone che « il commessionato è colui che agisce *in nome suo proprio*, o sotto un nome sociale per conto di un committente... »

828. E pure l'esattezza di questa distinzione è stata vivamente contraddetta. « A chi osserva le cose dalla sola superficie, ha detto specialmente Troplong, potrebbe sembrare che questa condizione di un mandatario che agisce in suo proprio nome sia particolare al contratto di commissione, mentre che quella del mandatario che agisce in nome del mandante sia propria del dritto civile. *Ma sarebbe questo un gravissimo errore* (2)... » Or bene intendiamoci: bando alle esagerazioni, e soprattutto si cerchi di evitare la confusione in cui sembraci caduto Troplong. Noi non abbiamo già la pretensione di credere che il dritto civile non ammetta rappresentanti o mandatari che agiscano in loro proprio nome; nè molto meno intendiamo che il dritto commerciale non riconosca rappresentanti che agiscano in nome di colui o di coloro che rappresentano. Diciamo soltanto, e lo sosteniamo, che nella prima ipotesi la operazione, civile o commerciale, costituisce la commissione, mentre nel secondo costituisce il mandato; in altri termini, siccome la commissione può non essere commerciale, ma anche civile, così il mandato può non essere civile, ma anche commerciale: ma nompertanto ciascuna delle due parole avrà il suo valore e la sua significazione speciale.

La confusione in cui si cade al proposito dipende da ciò che, come sopra dicemmo, la parola *mandato*, nei molteplici significati che ha nella lingua francese, si adopera tanto per indicare il contratto in cui l'operazione ha luogo a nome del rappresentato, quanto quello in cui ha luogo a nome del rappresentante (*sopra*, n. 796). Diguisachè, presa in un largo significato, la parola *mandato* comprende e il mandato propriamente detto e la commissione: mandato è il genere, commissione la specie. Ma intesa in opposizione alla parola *commissione*, devesi naturalmente restringerla in uno stretto significato, cioè nel senso

(1) Parole di Tarrible (Locré, *ibid.*, p. 254 e 255; Fenet, *ibid.*, p. 600 e 601).

(2) Troplong (*Del Mandato*, n. 521).

di una operazione fatta dal rappresentante in nome del rappresentato; ed ecco perchè, ritornando alla nostra prima proposizione, possiamo dire che il carattere proprio ed essenziale del mandato consiste nella funzione rappresentativa del mandatario che agisce non solo per conto , ma anche *in nome* del mandante.

829. Per altro, l'interesse di questa distinzione tra il mandato e la commissione riguarda specialmente le relazioni dell' agente o del contraente coi terzi. Le relazioni tra rappresentante e rappresentato sono in generale le stesse nell'uno e nell'altro contratto. Tuttociò che diremo , sotto gli art. 1991 (1863) e seguenti, delle obbligazioni che ha il mandatario di eseguire il mandato, di non eccedere i limiti del suo mandato, di agire da buon padre di famiglia e render conto , bisogna egualmente dirlo del commessionato nelle sue relazioni col committente.

V. — 830. In tal modo determinate le condizioni necessarie alla esistenza e alla validità del mandato , non che i caratteri particolari ed essenziali di tal contratto, è agevole vedere in che cosa il mandato differisca da talune altre convenzioni o operazioni colle quali più o meno si rassomiglia : e specialmente colla locazione di opera, col deposito, colla fideiussione , colla società; colla commissione, colla preposizione, colla senseria ; infine col consiglio o raccomandazione.

831. Le relazioni e le differenze tra il mandato e la locazione d' opera, il deposito, la fideiussione e la società sono state da noi già in parte indicate.

Così, il mandato e la locazione d'opera si rassomigliano in ciò, che , nell' uno e nell'altro contratto, havvi una parte che si obbliga a fare qualche cosa per l'altra; e quando al mandato, di sua natura gratuito (art. 1986 (1858)), aggiungesi la stipulazione di un prezzo, i due contratti presentano allora un secondo elemento comune. Però , come abbiamo già detto (nn. 824 e seg.), essi differiscono in quanto che il mandatario esercita una funzione rappresentativa che non esercita punto il locatore, funzione per cui una persona, agendo invece di un'altra, obbliga questa verso i terzi e i terzi verso di lei; il che non potrebbe avvenire nella locazione d'opera.

Il deposito, come ebbimo già occasione di dire, è una varietà del mandato : è un mandato *sui generis*, il mandato *de re custodienda*. Nondimeno, come anche dicemmo. i due contratti differiscono in ciò che l' uno, il mandato , implica *una obbligazione di fare*, mentre il deposito, in principio , non obbliga ad alcun fatto attivo (*sopra*, nn. 20 e 385).

La fideiussione ha pure molta affinità col mandato, come diremo nel nostro commentario dell'art. 2011 (1883) (nn. 5 e seg.). Ma ne differisce in quanto che la fideiussione è un contratto accessorio per cui colui che si costituisce fideiussore si obbliga personalmente, mentre il mandato propriamente detto è un contratto principale che dà al mandatario la facoltà di obbligare il mandante senza obbligarsi personalmente.

Il contratto di società, sebbene non abbia che relazioni indirette col mandato , pure vi si rassomiglia in talune combinazioni che avvengono nella pratica. Di ciò abbiamo parlato nel nostro Trattato-Commentario della Società. Però giovi qui ricordare che la società è un contratto a titolo oneroso ed essenzialmente sinallagmatico (*vedi* il nostro commentario degli art. 1832 e 1833 (1704 e 1705), nn. 8 e seg.), mentre il mandato, contratto imperfettamente sinallagmatico, come sopra dicemmo (n. 801), rientra nella classe dei contratti di beneficenza, a cui appartiene sempre quand'anche non sia assolutamente gratuito (*infra*, art. 1986 (1858)).

832. La commissione, la preposizione, la senseria, operazioni tutte che riguardano più specialmente gli affari commerciali, si accostano anche al mandato in quanto che tutti hanno per oggetto di fare qualche cosa per altra persona. Nondimeno tra la commissione e il mandato propriamente detto, il mandato per come è da noi inteso e definito , esistono le differenze già indicate

(*sopra*, nn. 827 e seg.), sulle quali non occorre nuovamente tornare. La preposizione si rassomiglia anche più col mandato: il preposto, che differisce dal commissionato per la estensione o la permanenza dello incarico, non si limita, come quest'ultimo, a fare una operazione individualmente determinata; ma fa, come dicono con molta esattezza Delamarre e le Poitvin, una somma di atti commerciali compresi nella preposizione, e li eseguisce *pro arbitrio*, essendo, per un genere di affari, il *rappresentante* di colui che lo ha commesso (1). — La senseria è una semplice mediazione: il sensale è un *agente intermedio* (art. 74 (69) Cod. comm.), che procura o facilita il cambio dei valori, ma non contrae con alcuna delle parti, non si obbliga con alcuno, nè deve render conto, poichè, a differenza del mandatario, non ha avuto in realtà nulla da amministrare.

833. Potremmo anche parlare delle relazioni e delle differenze esistenti tra il mandatario, il prestanome e il gestore di affari. Però sarà più utile ed a proposito fare le nostre osservazioni, quanto al *prestanome*, quando ci occuperemo dei rapporti del mandante o del mandatario coi terzi (*infra*, art. 1998 (1870)), e, quanto al *gestore di affari*, quando parleremo, sotto l'articolo seguente, del mandato tacito e della pruova del mandato (nn. 846 e 874).

834. Giovi intanto immorare alcun poco sulla differenza esistente tra il mandato e il consiglio o la raccomandazione. La regola teorica è stata chiaramente stabilita da Domat. Conviene distinguere, egli dice, le procure, mandati e commissioni colle quali si dà un incarico espresso, coll'intendimento di formare una convenzione che obblighi, dai modi di obbligare con un consiglio, con una raccomandazione o con altri modi che non racchiudono la intenzione di formare una convenzione, ma che riguardano unicamente l'interesse della persona a cui si dà il consiglio, o quello di una persona che si raccomanda, che lasciano però libertà piena di fare o non fare ciò che vien consigliato o raccomandato. Infatti, in questo caso, non si forma alcuna obbligazione, e colui che riceve un consiglio, o che accorda qualche cosa ad una raccomandazione, non pensa certo che gli si debba rispondere dello avvenimento (2). Ecco dunque la regola: il mandato produce obbligazione, tanto per parte di chi lo riceve, il quale è tenuto ad eseguirlo e renderne conto, quanto eventualmente per parte di chi lo dà, il quale deve rendere indenne il mandatario di tutto ciò che abbia speso per la esecuzione del mandato stesso. Al contrario, nè il consiglio, nè la *raccomandazione* producono obbligazione; *colui che* riceve il consiglio non ha obbligo di attenervisi, come non è nemmeno tenuto ad accogliere la raccomandazione colui a cui è diretta; diguisachè, se *abbia stimato* a proposito di *uniformarvisi*, *non avrebbe* che reclamare o di che *dolersi*, *quand'* anche l'affare gli fosse *riuscito* dannoso.

835. Però, a giudicarne dalle numerose decisioni della giurisprudenza, cotesta regola, per quanto si mostri semplice nei suoi termini ed in teoria, può dar luogo nella applicazione a gravissime difficoltà. Nè è possibile stabilire principi certi e generali, in forza dei quali potessero quelle risolversi; avvegnachè tutto dipenda dalle circostanze. Possiamo soltanto dire, in tesi generale, che, nel dubbio, devesi supporre il consiglio o la raccomandazione, e non mai il mandato, il quale, come vedremo nel commentario dell'articolo seguente, non può, in principio, ammettersi per presunzione. Così la pensano gli scrittori (3), e, sebbene questa idea sia stata anche confermata dalla giurisprudenza ed abbia ispirato molte de-

(1) Delamarre e le Poitvin (*Tratt. teorico e pratico del dritto commerciale*, t. II, n. 9).
(2) Domat (*Leggi civili*, lib I, tit. XV, sez. 1, n. 13). *Vedi* pure Pothier (nn. 18 e seg). *Junge*: Troplong (nn. 13 e seg., 44 e seg.).
(3) *Conf.* Pothier (*loc. cit.*, e specialmente al n. 20).—*Vedi* pure Troplong (n. 50).

cisioni, pure bisogna riconoscere che in molti casi è stata manifestamente sveduta o elusa, come sorge dalle tante decisioni pronunziate relativamente ai notari che abbiano preso parte sia nello impiego di capitali, sia in atti del loro ministero. In questa occasione si è specialmente sollevata la difficoltà di cui parliamo.

836. E invero, se non è proprio dello esercizio delle funzioni di notaro, è certo una necessità della sua condizione mettere in relazione persone che non si conoscono, cercare sia un mutuante per un cliente che ha bisogno di danaro, sia un compratore per un proprietario che vuole smettersi della sua proprietà. Certamente, da questi fatti per sè stessi, non può dedursi la intenzione del notaro di costituirsi mandatario delle parti per cui si adopera. E pure, moltissime decisioni hanno giudicato che il notaro che si interpone per il collocamento di capitali appartenenti ad una persona *si costituisce con ciò mandatario* di questa ultima, e che quindi sia responsabile se, per insufficienza delle cautele promesse o per qualunque altra causa, l' affare riesca a male (1). Ma in ciò evvi o almeno può esservi della esagerazione. Questa soluzione sarebbe certamente esatta se, come in alcune delle specie sottoposte ai tribunali, la interposizione del notaro fosse accompagnata da fatti positivi, da promesse precise, da corrispondenze significative; poichè allora prende il carattere di una ingerenza personale, che ben fa supporre essersi egli costituito mandatario.

Ma se non vi sia stato nulla di tutto questo, come nella massima parte dei casi risoluti dalle citate decisioni, se il pagamento delle somme sia stato fatto dalla parte medesima *che figuri nell' atto e stipuli in suo nome*, se sia esclusa dalle circostanze l'idea che il notaro abbia agito nello interesse ed invece del mutuante o del venditore, la sua interposizione, il suo operato non potrebbe altrimenti riguardarsi che come un consiglio a cui quest'ultimo può o no a suo libito uniformarsi, a suo rischio esclusivo, e senza aspettare, come dice Domat, *che gli si debba rispondere dello avvenimento*. Vedervi un mandato, sarebbe andar contro la verità delle cose e dei fatti, fraintendere la regola d'interpretazione, da noi testè stabilita sull'autorità degli scrittori, cioè, che nel dubbio bisogna supporre il consiglio o la raccomandazione e non il mandato. Nè vale che, nel caso proposto, l'intermedio sia un notaro; la regola d' interpretazione dovrà anche a lui applicarsi, poichè questi fatti sono assolutamente estranei alle sue funzioni, ed egli vi interviene non come ufficiale pubblico che eserciti il suo ministero, ma come qualunque altra persona non rivestita d'una pubblica funzione.

In tal condizione adunque valgono per lui, come per qualunque altro, le regole del dritto comune; e in conseguenza possiam dire, anche rispetto a lui, che nel dubbio l'idea del consiglio deve prevalere a quella del mandato.

837. Però, anche il consiglio e la raccomandazione possono far nascere obbligazioni. Infatti Domat, compiendo la dottrina da noi sopra ricordata (n. 834), soggiunge che « se vi sia dolo da parte di colui che dà il consiglio o fa la raccomandazione, o se egli si obblighi alle perdite che possano imputarglisi, come per esempio, se abbia consigliato di prestar danaro ad uno sconosciuto, assicurando il mutuante che sarebbe puntualmente pagato, *allora egli*

(1) Tolosa, 30 maggio 1829 (S. V., 30, 2, 144; Dalloz, 30, 2, 181); Parigi, 22 maggio e 16 agosto 1832 (S. V., 32, 2, 459 e 567; Dalloz, 32, 2, 130 e 208); 26 gennaro 1833 (S. V., 33, 2, 157); Rennes, 9 luglio 1834 (S.V., 35, 2, 105); Ric., 3 dicembre 1835 (S. V., 36, 1, 145; Dalloz, 36, 1, 17); Douai, 22 dicembre 1840 (S. V., 41, 2, 139; Dalloz, 41, 2, 139); Ric., 15 dicembre 1841 (S.V., 42, 1, 143; Dalloz, 42, 1, 25); Parigi, 18 febbraro 1842 (S.V., 42, 2, 204; Dalloz, 42, 2, 70); Rig., 17 marzo 1845 (S. V., 45, 1, 262; Dalloz, 45, 1, 186; J. P., 1845, 1, 388); Bordeaux, 20 giugno 1853 (Dalloz, 54, 2, 113; J. P., 1855, 1, 288).

a pagare non implica per niun modo, per la persona presso di cui si fa la elezione, mandato di ricevere la somma dovuta al creditore e farne quitanza (1). Ma quando a questa stipulazione si aggiungano fatti più o meno espressivi, che le diano un significato che per sè sola non ha, può allora benissimo vedersi un mandatario tacitamente costituito nella persona presso di cui si è eletto il domicilio. La Corte di cassazione ha così giudicato rispetto ad un usciere il quale, notificando un atto, avea *volontariamente* eletto nel suo studio il domicilio di colui che gli avea dato lo incarico; o almeno ha deciso che in tal caso l'usciere può riguardarsi come se si fosse costituito mandatario, e quindi responsabile di tutti i danni derivanti dalla sua negligenza nella esecuzione del mandato (2).

857. Ciò detto intorno alle circostanze da cui può inferirsi la esistenza di un mandato, aggiungeremo da ultimo, per ciò che riguarda il contratto in generale, che si può per convenzione limitarne la durata o modificarlo con una condizione. Infatti, come dice Pothier (3), il mandante può incaricare il mandatario di fare per lui un determinato affare, durante un certo tempo o sino ad un certo tempo, o nel caso che avvenga la tal condizione; e per l'inverso, il mandatario può, accettando il mandato, dichiarare che se ne incarica per eseguirlo e compirlo sia dopo un termine stabilito, sia quando avvenga la tale condizione.

Ciò posto, conviene ora ritornare, sempre per la parte che concerne le condizioni di forma, ai due elementi del contratto, che sono la facoltà di agire o la procura, di cui parla il primo paragrafo del nostro articolo, e l'accettazione, a cui si riferisce il secondo paragrafo.

III. — 858. Come abbiam detto, il mandato può essere espresso o tacito, verbale o scritto. Però comprendesi di leggieri che, trattandosi qui delle condizioni di forma, non può in generale farsi quistione che del mandato *scritto* (*vedi* nompertanto *infra*, n. 867). Per ora dunque lasceremo da canto il mandato *verbale* e quello *tacito*, salvo a ritornarvi, per compiere le osservazioni già fatte in proposito (*sopra*, nn. 844 e seg.), quando parleremo della pruova del contratto (*infra*, nn. 873 e seg.).

859. Il mandato, come è detto nell'art. 1985 (1857), § 1°, può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettera. E così infatti d'ordinario formasi il contratto, almeno quanto alla proposta del mandante. Il quale dichiara con questo atto, a cui il nostro articolo dà il nome di *mandato*, prendendolo come sinonimo della parola *procura* (*sopra*, n. 796), che egli *incarica* una persona, o gli dà *facoltà*, o anche la *prega* di fare per lui ed in suo nome il tale o tal altro atto giuridico. Infatti, in generale, le *parole*, come insegna Pothier, sono di *poca importanza*; bastando, per costituire il mandato, che sia indicata la volontà del mandante di incaricare un terzo per agire in sua vece e in suo nome: « Sive *rogo*, sive *volo*, sive *mando*, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est. » (L. 1, § 2, Dig. *Mandat.*) (4).

860. Non è nemmeno necessario che il mandante scriva di suo pugno nell'atto il nome della persona a cui conferisce l'incarico di agire. La procura infatti può darsi in bianco, come spessissimo avviene nella pratica. Colui a cui è spedita riempie il bianco, scrivendovi il nome della persona che stima conveniente di scegliere: e quella allora farà le parti di mandatario rispetto ai terzi. Nondimeno, se la nomina della persona sia fatta da un altro, il mandante potrà impugnare di nullità la procura, al-

(1) Ric., 6 frimajo anno 13 (S. V., 5, 1, 233; *Coll. nov.*, 2, 1, 30; Dalloz, 5, 1, 126; *Racc. alf.*, 6, 390).

(2) Ric., 9 marzo 1837 (S. V., 37, 1, 301; Dalloz, 37, 1, 206).

(3) Pothier (nn. 34 e 35).

(4) Pothier (n. 30).

la cui buona fede per altro non era messa in dubbio, dovea naturalmente essere protetto dalla regola di dritto, secondo cui il consiglio non dà luogo a responsabilità se non quando sia stato dato per dolo o di mala fede, o quando sia il principio e la causa di un danno imputabile.

839 Ma nella causa giudicata dalla Corte della Guadalupa, il consiglio era stato dato da un notaro: la qual considerazione dovette certamente determinare la Corte a decidere in quel modo. Infatti, togliete per poco questa qualità, e la decisione diventerà inesplicabile. Voi comprate una casa, ed uno dei vostri amici, straniero come voi alla pratica degli affari e alla scienza delle leggi, vi determina coi suoi consigli a pagare il prezzo prima della trascrizione: in questi termini, non sarà punto dubbio che, qualunque danno ve ne avvenga in seguito, quand'anche sareste costretto a dimettere la casa acquistata o pagarne nuovamente l'intero prezzo, non vi sarebbe alcun magistrato che potesse dare ascolto alle vostre lagnanze, o permettervi di agire contro l'amico di cui seguiste il consiglio. Adunque nella specie giudicata dalla Corte della Guadalupa, l'azione fu ammessa appunto perchè diretta contro un notaro. Ma se ciò spiega la decisione, non la giustifica per niun modo. Invero, potrebbe dirsi che la condizione di notaro, l' abitudine degli affari, le conoscenze che devonsi in lui supporre, gli fanno acquistare sull'animo del cliente una tale influenza, che questi difficilmente potrà resistere al pensiero di seguirne il consiglio. Ma non sta in ciò la quistione; avvegnachè un tale argomento potrebbe invocarsi tanto se i consigli fossero stati dati da un notaro, quanto se da altre persone a cui vorrebbe opporsi per ragion della loro condizione relativa. Per esempio, per ciò che riguarda la scienza, il consiglio di un professore, di un dottore in dritto, ecc., sarebbe certamente di tanta, se non maggiore autorità, quanto quello di un notaro; e, per ciò che riguarda l' influenza, il consiglio del padrone, del superiore gerarchico, ecc., non sarebbe punto da meno di quello del notaro. E pure, si dirà per questo che il professore, il dottore, il padrone, a differenza di qualunque altra persona, siano con più rigore responsabili pei consigli che avessero dati? No certamente; e purchè il consiglio sia stato leale, sincero, dato senza alcun calcolo di mala fede, colui che lo ha ricevuto, qualunque sia stata la ragione onde si indusse ad uniformarvisi, non avrà alcuna azione per risarcimento del danno che avrà potuto soffrire. Pongasi dunque da banda un argomento del tutto secondario, e teniamoci ai principî. Or quanto diciamo del professore, del dottore, del padrone, devesi ugualmente dire del notaro. Certamente, in alcuni casi il consiglio può esser causa di responsabilità pel notaro, quando cioè sia inerente allo esercizio medesimo delle sue funzioni, e riguardi la formazione delle convenzioni da lui stipulate ed autenticate: allora infatti, dovendo egli per ragion del suo ufficio dirigere le parti, è naturale che i consigli dati in quest'ordine di fatti e di idee impegnino la sua responsabilità, giusta i termini della legge dei 25 ventoso anno 11. Eccetto però questo caso, in tutto ciò che non rientri nello esercizio medesimo delle sue funzioni, i consigli che potrà dare un notaro sono puramente officiosi; e, poichè rispetto a lui, come rispetto a qualunque altra persona, non vi ha alcuna ragione di confonderli col mandato, può dirsi con ragione che il notaro non sia nè possa essere responsabile se non ai termini del dritto comune. Quando dunque dia un consiglio senza dolo o mala fede, la parte che vi si uniforma agisce a suo rischio e pericolo, e, secondo le parole di Domat, non può sperare che le si risponda dello avvenimento.

840. Ciò per altro è stato varie volte riconosciuto dai Tribunali e dalla medesima cassazione.

Così, un notaro era stato condannato, come responsabile di un parere da lui dato, a garentire le spese di un litigio in cui era stato annullato uno dei suoi atti. Ma, in appello, la Corte di Caen, revocando

per questa parte la sentenza, dichiarò espressamente, che invero il notaro, nella sua qualità, « ha obbligo di illuminare i contraenti sulla importanza dei loro impegni, ma che in dritto *i consigli dati di buona fede, anche da un pubblico ufficiale*, non potrebbero ingenerare alcuna obbligazione nè dar luogo ad alcuna azione contro di lui... (1). »

La Corte d'Orléans avea pure giudicato nel medesimo senso, annullando una sentenza che avea dichiarato responsabile un notaro rispetto al suo cliente, creditore ipotecario la cui ipoteca convenzionale era stata annullata per non essersi specialmente indicati i beni ipotecati. « Certamente, avea detto la Corte di Orléans tra gli altri motivi, i notari hanno moralmente l' obbligo di avvertire le parti dei vizi che possono esistere nelle loro convenzioni; ma ciò non importa che se di buona fede si ingannino sulla efficacia delle convenzioni da loro stipulate, possano esserne chiamati responsabili...; così intesa, la responsabilità dei notari farebbe pesare su di loro obbligazioni che in casi analoghi non avrebbero le altre persone che esercitano professioni liberali, mentre lo errore deve ricadere dapprima e principalmente sulla parte, la quale non può quindi riversare sul notaro le conseguenze di un suo errore, non potendo da alcuno allegarsi per iscusa la ignoranza di una legge generale... » Ed il ricorso diretto contro tale decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione, poichè, *non essendo stata messa in dubbio la buona fede del notaro*, la Corte d'Orléans avea ben fatto a decidere che l'obbligo morale che ha il notaro (il quale per altro non avea agito *come mandatario*) di consigliare le parti contraenti ed illuminarle sulla efficacia degli atti, non può estendersi fino a renderlo responsabile di un errore di dritto che non concerne *la regolarità della forma*... (2).

Ecco i veri principî, su cui non occorre più oltre immorare; sicchè, dopo aver detto delle condizioni essenziali al contratto di mandato, conviene ora parlare delle condizioni di forma stabilite nell' articolo seguente.

1985 (1857). — Il mandato può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettera. Può eziandio farsi verbalmente; ma non è ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *De' Contratti o delle Obbligazioni convenzionali in generale*.

L'accettazione del mandato può esser tacita, e risultare dall'esecuzione che gli ha data il mandatario.

SOMMARIO.

I. 841. Il nostro articolo riguarda principalmente le condizioni di forma del contratto di mandato, e accenna indirettamente alla pruova del mandato. — 842. Interesse di separare questi due ordini d'idee. Divisione.

II. 843. Condizioni di forma del contratto. *È fondato essenzialmente sul consenso reciproco delle parti. — 844. Dal che segue che, per principio generale, non sia soggetto ad alcuna forma particolare, essenziale per la sua validità. Quindi, potrà farsi verbalmente o anche per segni. — 845. Può anche farsi tacitamente : censura della contraria opinione di alcuni scrittori — 846. Continuazione : ma in nessun caso, sotto il Codice Napoleone, il solo silenzio di colui per cui si agisce implica l'idea di mandato; controversia. — 847. Riepilogo e conchiusione. — 848. Il mandato tacito può risultare.*

(1) Caen, 2 febb. 1857 (Dalloz, 57, 2, 131).
(2) Ric., 22 dicembre 1840 (S. V., 41, 1, 39; Dalloz, 41, 1, 42).

sia dalla reciproca condizione delle parti. sia da atti o fatti capaci di manifestare il consenso.—*849. Esempi di mandato tacito risultante dalla condizione rispettiva delle parti: dei coniugi l'uno rispetto all'altro: distinzioni;* — *850. Del padrone rispetto al domestico. distinzioni;* — *851. Del padrone rispetto ai commessi o preposti;* — *852. Degli ufficiali ministeriali rispetto ai loro commessi.*— *853, 854.* Quid *del notaro rispetto ai clienti? Controversia.* — *855. Esempi di mandato risultante da atti o fatti: il mandato per ricevere un pagamento può risultare dalla esistenza dei titoli in mano di colui che procede.* — *856. Della elezione di domicilio: distinzioni.* — *857. Transizione.*

III. 858. Delle condizioni di forma della procura data dal mandante: *trattasi qui principalmente del mandato scritto.*— *859. Il mandato può farsi con atto pubblico o con scrittura privata; esiste sempre, qualunque siano le parole con cui il mandante manifesti la sua volontà.* — *860. Può darsi in bianco.* — *861. In generale, il mandante può scegliere sia la forma dell'atto pubblico, sia quella della scrittura privata.* — *862. Quando il mandato si dà in quest'ultima forma, non è necessaria la formalità della doppia scrittura;* — *863. Nè quella del buono o* approvato. — *864. Quando si dà per atto pubblico, l'atto può essere stipulato in brevetto.* — *865. Casi eccezionali in cui il mandato deve essere dato per atto pubblico.* — *866. Il mandato per accettare una eredità col beneficio dell' inventario o per rinunciarla non si comprende tra questi casi.* — *867. Un tal mandato può anche darsi verbalmente.*

IV. 868. Condizioni di forma dell'accettazione. *L'accettazione può essere espressa e fatta per atto scritto o per lettera.* — — *869. Ma non bisogna che sia espressa; può essere tacita e risultare dalla esecuzione.* — *870. Potrebbe esistere prima di qualunque atto di esecuzione?*

V. 871. Della pruova del mandato. — *Testo dello art. 1985 (1857).* — *872. Questo articolo non riguarda la pruova del mandato fatto per iscritto* — *873. Ma riguarda il mandato non scritto, sia quello* tacito, *sia quello* verbale; — *874. Non già la gestione di affari: come può questa provarsi.* — *875. La pruova del mandato tacito o verbale deve farsi secondo le regole del dritto comune;* — *876. Anche rispetto ai terzi: controversia.* — *877. La pruova dell'accettazione è sottoposta a condizioni meno rigorose: regole da seguire al proposito.* — *878, 879. Applicazioni.*

I. — **841.** Il nostro articolo riguarda principalmente le condizioni di forma del contratto di mandato, o, in altri termini, il modo onde debba o possa manifestarsi il consenso reciproco delle parti, su cui fondasi essenzialmente il contratto. Ma havvi un altro punto che la legge non dovea omettere. Infatti, non basterebbe la esistenza del consenso, se non fosse certa, e, in caso di lite, non potesse provarsi. Quindi è che il nostro articolo parla anche correlativamente della pruova del mandato.

842. In generale, la legge si è mostrata più esigente per la pruova anzichè per le condizioni di forma del contratto di mandato. Per questo appunto è importante distinguere questi due ordini di idee troppo spesso confusi. Invero, la correlazione tra di loro esistente sembra a primo aspetto così intima, da giustificare in certo modo la poca cura che in generale si è messa a separarli. Ma nondimeno è importante; e noi quindi, tanto con questo intendimento, quanto per rendere più chiare le nostre spiegazioni, esamineremo prima le quistioni relative alle condizioni di forma del mandato, e poi quelle riguardanti la pruova dello stesso. Parleremo adunque successivamente, *per quanto riguarda la forma*: 1° del contratto di mandato in generale; 2° del suo primo elemento, cioè della facoltà di agire conferita dal mandante; 3° del suo elemento compitivo, ossia dell'accettazione del mandatario. Dopo di che, venendo *alle quistioni di pruova*, parleremo distintamente del consenso re-

ciproco delle parti, secondo che sia stato manifestato a voce o in iscritto, espressamente o tacitamente.

II. — 843. Il contratto di mandato è essenzialmente fondato sul consenso reciproco delle parti tra cui si forma. Colui il quale incarica una persona di fare qualche cosa, come diceva con somma esattezza il tribuno Tarrible, non ha sopra di essa nè dritto, nè autorità per costringerla ad eseguire i suoi voleri; non può dunque esservi nè vincolo, nè dovere, nè obbligazione, finchè la commissione non sia volontariamente accettata dal mandatario. Solo da questo punto il contratto prende consistenza, e fa nascere tra i due contraenti le obbligazioni che gli son proprie (1). Adunque, il contratto formasi col concorso di due persone, una delle quali conferisce l'obbligo o la facoltà di agire per essa all'altra, presente o assente, la quale accetta, o espressamente consentendo di incaricarsi del mandato, o tacitamente prestandosi alla sua esecuzione.

844. Da questa breve esposizione, in cui sono riepilogate le due disposizioni del nostro articolo, sorge che il mandato, contratto consensuale (*sopra*, n. 800), formasi col solo consentimento delle parti, non essendo, per regola generale, sottoposto ad alcuna forma particolare, essenziale alla sua validità; e che quindi può conferirsi verbalmente o anche con segni. Secondo il primitivo pensiero dei compilatori del Codice, il mandato potea farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettere; ma, in tutti i casi, *dovea essere scritto* (art 2 del progetto). Il Tribunato, avuta comunicazione officiosa del progetto, fece giustamente osservare che la legge proposta contenesse in ciò una lacuna (2), non essendovi alcuna plausibile ragione per escludere il mandato verbale, e negargli di produrre il suo effetto, in tutti i casi in cui potrebbe essere provato secondo le regole del dritto comune stabilite nel titolo *Dei Contratti o delle Obbligazioni in generale*. In conseguenza di tali osservazioni, fu ammesso non essere necessaria la scrittura per la costituzione del mandato, il quale, quand'anche dato con parole o con segni, può essere capace, quando se ne riconosca o se ne provi la esistenza, di creare tra le parti le obbligazioni proprie del contratto (3).

845. Ciò solo basta per dire che, sotto il Codice Napoleone, siccome nel dritto romano e nel nostro antico dritto francese (sebbene con minore estensione, come or ora vedremo), il mandato può costituirsi anche *tacitamente*, cioè senza alcuna dichiarazione *espressa* della volontà delle parti. Nondimeno alcuni scrittori hanno ciò contraddetto. Seguendo un sistema del tutto radicale, Proudhon e Toullier intendono specialmente fondarsi sul nostro art. 1985 (1857), per dire che il mandato tacito sia assolutamente escluso dal *Codice Napoleone*. Secondo loro, havvi *tra le due disposizioni di questo articolo una opposizione* o una antitesi delle più notevoli. Nella prima si legge che il mandato può farsi per atto pubblico, per iscrittura privata, per lettera o verbalmente; adunque il testo non ammette che il mandato *espresso*, sia scritto, sia verbale. Nella seconda al contrario, dicesi che l'accettazione può essere *tacita*. La quale opposizione conferma viemmaggiormente la induzione cavata dalla prima parte dello articolo.—Secondo un altro sistema, muovendosi ugualmente dall'idea che il mandato tacito sia stato abolito dal Codice Napoleone, si conviene nompertanto doversi alle volte cedere alla forza stessa delle cose. Questa opinione è sostenuta da Duranton, Delamarre e le Poitvin, i quali ritengono che il mandato tacito sia perfettamente conforme alla ragione, che il Co-

(1) Rapporto al Tribunato (Fenet, t. XIV, p. 591; Locrè, t. XV, p. 244).

(2) Fenet (t. XIV, p. 575); Locrè (t. XV, p. 226).

(3) *Vedi* Proudhon (*Usufrutto*, t. III, n. 1317); Toullier (t. XI, nn. 25 e seg.); Taulier (t. VI, p. 516).

dice l'abbia abolito senza alcuna ragione, e che ciò non ostante debba ammettersi in moltissimi casi (1).

Noi però diremo, di accordo colla giurisprudenza e colla maggior parte degli scrittori (2), che il mandato tacito deve in moltissimi casi ammettersi appunto perchè pienamente conforme coi principi del Codice Napoleone. Supporre il contrario, importerebbe non solo sconoscere la forza medesima delle cose, che si è riconosciuta anche più potente della legge in uno dei due sistemi indicati, ma si andrebbe contro tutte quelle disposizioni del Codice concernenti il modo come può manifestarsi il consenso. Nemico delle solennità, come delle sottigliezze di forma, il legislatore francese ritiene che, in generale, la manifestazione del consenso non sia sottoposta ad alcuna formalità intrinseca, essenziale alla sua validità, ed ammette in conseguenza potersi dare il consenso, sia espressamente in una forma qualunque, cioè per iscritto, con parole o anche con segni, sia tacitamente, cioè con fatti o atti talmente caratterizzati da non lasciar punto dubbio sulla volontà di colui da cui promanano.

Invero, questa regola non è assoluta, ma soffre eccezione per alcuni contratti qualificati solenni, e in vari casi in cui il consenso deve risultare da una espressa manifestazione. Ma tali eccezioni sono determinate dalla legge, la quale si prende pensiero di indicarle quando lo crede a proposito; dimodochè deve prevalere la regola generale in tutti i casi in cui non siavi una disposizione eccezionale e derogatoria. Or esiste forse una tal disposizione pel mandato, per questa convenzione del dritto delle genti (*sopra*, n. 789), compresa già dai Romani tra i contratti consensuali? No; e si ha torto ad invocare il nostro articolo per sostenere il contrario. Se la prima disposizione dello art. 1985 (1857) parla soltanto del mandato *scritto* e del mandato *verbale*, ciò non importa che debba intendersi restrittivamente e che ne sia escluso il mandato *tacito*: a convincerci di ciò, basta riferircene ai motivi da cui fu mosso il Tribunato a proporre la compilazione del nostro articolo nel modo come è attualmente scritta nel Codice. Come dicemmo nel numero precedente, il Tribunato, in presenza di un progetto che stabiliva doversi il mandato fare sempre per iscritto, con che escludevasi il mandato verbale, e, *à fortiori*, quello tacito, comprese ciò essere in opposizione alla regola secondo cui non è necessaria la scrittura per la pruova, se non quando trattisi di cose che eccedano la somma o il valore di 150 franchi (Cod. Nap., art. 1342 (1295 M)). E volendo quindi estendere lo impero di questa regola al contratto di mandato, il quale infatti non doveva per alcuna ragione esserne eccettuato, propose di dire, aggiungendo al progetto in cui parlavasi unicamente del mandato *fatto per iscritto*, che il mandato « potrebbe eziandio farsi *verbalmente*, ma che non sarebbe ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *Dei Contratti o Delle Obbligazioni in generale*. »

Donde rilevasi chiaramente, che la parola *verbalmente*, in questo modo e con questo intendimento inserita nel nostro articolo 1985 (1857), non ebbe punto per oggetto, nè ha potuto aver per effetto di fare entrare il contratto nella classe dei contratti eccezionali per ciò che riguarda la

(1) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n, 218); Delamarre e le Poitvin (1ª ediz., t. I. nn. 70 e seg.; 2ª ediz., t. II, nn. 45 e seg.). — *Conf.* Berriat Saint Prix (*Not. thèor. sur le Cod. civ.*, n. 7885).

(2) *Vedi* Ric., 3 dic. 1835 (S. V., 36, 1, 144; Dalloz, 36, 1, 17); 14 dic. 1841 (S. V., 42, 1, 143; Dalloz, 42, 1, 26); 20 giugno 1842 (S. V., 42, 1, 833; Dalloz, 42, 1, 363); Rig., 19 marzo 1845 (S.V., 45, 1, 262; Dalloz, 45, 1, 186); Tolosa, 30 maggio 1829; Parigi, 22 maggio, 16 agosto 1832, 26 genn 1833; Rennes, 9 luglio 1834; Douai, 22 dicem. 1840 (S.V., 30, 2, 144; 32, 2, 459 e 567; 33, 2, 135; 35, 2, 105; 41, 2, 139; Dalloz, 30, 2, 181; 32, 2, 130 e 208; 34, 2, 142; 41, 2, 139). — *Vedi* pure Delvincourt (t. III, p. 238, nota 3); Troplong (nn. 118-131); Aubry e Rau (t. III, p. 460, nota 1, 3ª ediz.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 37, nota 2); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 431); Boileux (t. VI, p. 567 e seg). — *Vedi* pure Marcadè (art. 1372-1374 (1326 1328), n. 2).

manifestazione del consenso; ma fu evidentemente adoperata per opposizione, e onde mostrare che, salvo l'applicazione delle regole generali e di dritto comune sulla pruova, il mandato potrebbe farsi sia *per* iscrittura, sia *senza* scrittura. Or, riguardata nel suo vero aspetto, la formola della legge, anzichè escludere il mandato tacito risultante da atti e fatti, lo comprende invece virtualmente e per la medesima forza delle cose; avvegnachè i fatti, secondo la giustissima osservazione di Troplong, non siano meno efficaci delle semplici parole, o dei gesti, che sono un linguaggio in azione; e se si ammettono i gesti come una sufficiente manifestazione della volontà, sebbene l'articolo 1985 (1857) non ne faccia punto parola, non vi ha ragione per non ammettere ugualmente i fatti o atti, quando non ne sia dubbio il significato (1).

846. Nel nostro antico dritto francese, gli scrittori spingevansi anche più oltre, ritenendo, sull' autorità del dritto romano, che si dovesse considerare come mandato il silenzio di una persona la quale, avendo conoscenza che un terzo prenda ingerenza nei suoi affari, la soffrirebbe in pace senza oppervisi. Se colla conoscenza ed intelligenza di qualcheduno, dice Pothier, io fo alcuno dei suoi affari, si reputerà per ciò solo esservi stato tra di noi un contratto di mandato per cui egli mi incarichi di questo affare; e ciò in conformità della regola di dritto: *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur* (l. 60, Dig. *De Reg. jur.*) (2).

Ma potrà dirsi il medesimo sotto il Codice Napoleone? O piuttosto, invece del contratto di mandato, dovrebbe in tal fatto vedersi il quasi contratto della gestione di affari? L'interesse della quistione è grandissimo se si ponga mente alle differenze esistenti tra il mandato e la gestione di affari, tra il mandatario il cui fatto suppone una facoltà ricevuta dal mandante e il gestore di affari il cui intervento deriva da una spontanea e volontaria ingerenza. Toullier non pensava certamente a tali differenze, quando scrisse che in tutto ciò havvi un interesse puramente teorico, essendo indifferente se per la esecuzione delle obbligazioni risultanti dalla gestione di affari si proceda coll'azione detta *negotiorum gestorum*, ovvero coll'azione di mandato (3). Or le differenze tra l'uno e l'altro contratto sono moltissime: infatti se nel caso proposto vi fosse mandato tacito, il mandatario avrebbe il dritto di chiedere il rimborso delle anticipazioni e delle spese fatte in esecuzione del mandato, quand'anche fossero inutili (*infra*, articolo 1999 (1871)), mentre se trattisi di una semplice gestione di affari, il gerente avrebbe dritto soltanto alle spese utili (art. 1375 (*1329*)); *nel* primo caso, il mandato cesserebbe per la morte del mandante, ed il mandatario non avrebbe obbligo di terminare l' affare che trovavasi incominciato se *non quando* dal ritardo possa derivarne *pericolo* (*infra*, *art.* 1991 (1863)), *mentre* nel secondo il gestore deve sempre, non ostante la morte del proprietario o del padrone, continuare l'affare incominciato fino a che l'erede abbia potuto intraprenderne la direzione (articolo 1373 (1327)) (4). Oltre a queste, sonvi ancora altre differenze, alcune delle quali saranno più innanzi indicate, specialmente quando parleremo della pruova (*infra*, n. 874); ma quelle dette bastano per mostrare ad evidenza il lato utile e pratico della nostra quistione.

Or, secondo noi, essa trovasi risoluta espressamente dal nostro Codice, in cui troviamo una esplicita disposizione, quella dell' art. 1372 (1326), la quale più non permette di ritenere come mandato il silenzio di una persona che, conoscendo la ingerenza presa da un terzo nei suoi affari,

(1) *Vedi* Troplong (n. 124).
(2) Pothier (n. 29).
(3) Toullier (t. XI, n. 26).
(4) *Vedi* Delamarre e Lepoitvin (2ª ediz., t. II, n. 45); Troplong (n. 136); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 432 e 433); Boileux (t. VI, p. 570). — *Vedi pure* Marcadè (art. 1372-1374 (1326-1328) n. 2).

non vi si opponga; infatti quell'articolo, prevedendo appunto questa ipotesi, la riduce alle condizioni della semplice gestione di affari, tanto se il proprietario lo ignori, quanto se ne abbia avuto conoscenza.

Gli è vero che questa opinione è stata generalmente combattuta, essendosi financo detto che l'art. 1372 (1326) non abbia per nulla modificato i principî del dritto romano tanto sul mandato quanto sulla gestione di affari, e che se esso riguarda il contratto di mandato come un quasi contratto di gestione di affari, anche quando il proprietario *abbia avuto conoscenza della gestione*, ciò debba intendersi, sotto il Codice Napoleone, come intendevasi sotto il dritto romano, di una conoscenza acquistata *dopo il fatto*, sia della intera gestione, sia di una parte, e non di una conoscenza che il padrone abbia avuto fin da principio, quando incominciava la gestione (1). Ma noi alla nostra volta potremmo opporre, che i testi del dritto romano non contengono affatto questa pretesa distinzione, e che tutto al più potrebbesene inferire che, a differenza degli atti consumati prima che il padrone abbia conoscenza della gestione, i quali riguardavansi come fatti in virtù del quasi contratto di gestione di affari, gli atti eseguiti dopo riguardavansi come fatti in esecuzione di un mandato tacito o supposto. Ma non ci limiteremo a questo solo, potendo più positivamente dire che l' articolo 1372 (1326) del Codice Napoleone, generale nei suoi termini, ha rigettato la regola del dritto romano: *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur* (2). Oggi, colui il quale interviene nei negozi altrui, e li amministra senza opposizione del padrone, non è un mandatario, ma un gestore di affari, « tanto se il proprietario o il padrone *conosca la gestione*, quanto se la ignori: » sono queste le parole dell'art. 1372 (1326), parole precise, positive, che non permettono di fare alcuna distinzione.

Non importa dunque indagare se la gestione sia stata assunta da un terzo sotto gli occhi stessi del proprietario, che ne abbia avuto conoscenza fin da principio, o se ad insaputa di lui che l'abbia conosciuto dopo il fatto e nel corso della gestione; nè tampoco debbonsi distinguere gli atti consumati prima e quelli eseguiti dopo tale conoscenza: poichè in tutti i casi il fatto costituisce la semplice gestione di affari, e gli atti eseguiti dallo agente, qualunque ne sia la data, non potranno mai considerarsi come fatti in virtù di un mandato. Questo pensiero risulta dallo art. 1372 (1326), il quale dev'essere inteso nei suoi termini assoluti.

847. Pertanto, riepilogando, il mandato *tacito* può anche ammettersi sotto il Codice Napoleone, non ostante il nostro articolo 1985 (1857), in quanto risulti sia dalla condizione rispettiva delle parti, sia da fatti precisi, o da circostanze che implichino chiaramente l' idea che colui che agisce in nome di un'altra persona sia investito della facoltà di agire; ma, atteso la disposizione dell' art. 1372 (1326), non potrebbe più dirsi, sotto il Codice Napoleone, che *sola patientia inducit mandatum*. In breve, l'art. 1985 (1857) non ha proscritto tutti i mandati taciti; bensì, in forza dello art. 1372 (1326), non può più, come nel dritto romano, applicarsi particolarmente, in un caso speciale, la teoria del mandato tacito alla gestione di affari. Sicchè al postutto dovranno i giudici decidere in fatto, se la persona per cui si agisce debba reputarsi aver precedentemente data la facoltà, senza di cui non potrebbe esservi contratto di mandato; ma nel fare questa estimazione non dovranno mai eccedere il limite stabilito nell'art. 1372 (1326).

848. Ciò posto, daremo alcuni esempî di

(1) *Vedi* Troplong (nn. 130 e seg.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 37, nota 2); Boileux (t. VI, p. 569),—*Conf.* Mourlon (t. III, p. 432) e Marcadè (*loc. cit.*).

(2) Questa soluzione, indicata semplicemente da Delvincourt (note del t. III, p. 238, nota 3) e Bugnet (sopra Pothier, n. 29, nota), è stata poi dottamente sviluppata da Aubry e Rau, secondo Zachariae (3ª ediz., t. III, p. 460, nota 2).

mandato tacito, ritornando successivamente sulle varie circostanze da cui può inferirsene la esistenza, cioè : la condizione rispettiva delle parti; gli atti o fatti capaci di manifestare il consenso.

849. Così, il mandato tacito risulta, almeno per taluni atti e in certo modo, dalla condizione reciproca dei coniugi.

Per esempio, non vi sarebbe alcun dubbio a riguardare la moglie come tacitamente incaricata dal marito per ciò che riguarda le spese del mantenimento della famiglia. In questo caso non avrebbe che fare la teoria della incapacità della moglie, stabilita negli art. 217 (206 M) e seguenti del Codice Napoleone : la moglie non si obbliga personalmente , ma obbliga il marito. — Il mandato di cui la moglie è tacitamente investita può anche comprendere altre operazioni, più estese di quelle che consistono semplicemente nella compra delle cose necessarie ai bisogni della vita, come comestibili, provviste ordinarie della casa, utensili, vesti per la famiglia , ecc.; la Corte di Bordeaux ha giustamente deciso che un tal mandato implichi pure nella moglie la facoltà di prendere in affitto , in assenza del marito, un appartamento per lei e per la sua famiglia, obbligando quest'ultimo al pagamento della pigione (1).—Nè ciò solo: la moglie può essere considerata come mandataria tacita del marito anche per comprare gli oggetti necessarî al suo commercio o alla sua professione non commerciale. I tribunali hanno spesso deciso, in questo senso , che il marito commerciante è tenuto per le obbligazioni commerciali contratte dalla moglie, quando sia notorio che questa, senz'essere pubblica mercantessa, faccia il commercio del marito (2) ; con che non hanno fatto che dedurre una giustissima conseguenza , poichè il mandato tacito di amministrare un importante negozio implica, salvo sempre la pruova contraria, il mandato per soscrivere le obbligazioni che vi si riferiscono.

Per l'incontro, il marito può essere considerato come tacito mandatario della moglie: egli infatti, secondo la giurisprudenza, può rappresentarla in conciliazione, senza averne la procura (3); e la Corte di cassazione ha giudicato in questo senso, anche nel caso in cui trattisi d'un'*azione immobiliare* della moglie (4). Il che spiegasi facilmente, in quanto che la semplice comparsa innanzi al giudice di pace per la preventiva conciliazione è al postutto , come dice la decisione, un atto puramente conservatorio. che non eccede i limiti del dritto di rappresentazione del marito , stabilito dall'articolo 1428 (1399) del Codice Napoleone.

850. In questo medesimo ordine di idee, ammettesi che il domestico può essere considerato come mandatario tacito del padrone per comprare le provviste della famiglia : in tal caso il mandato risulta pure dalla condizione reciproca delle parti. Ma ciò non deve ammettersi assolutamente : la dottrina e la giurisprudenza riconoscono d'accordo che il mandato debba estendersi unicamente alle compre fatte in contanti , e che il domestico non possa, in generale, riguardarsi come mandatario del padrone per comprare a credito (5).

Diciamo *in generale*, poichè in forza di

(1) Bordeaux, 29 marzo 1838 (S.V., 38, 2, 389; Dalloz, 38, 2, 182).

(2) Rig., 25 genn. 1821, 2 aprile 1822, 14 febbraro e 1° marzo 1826, 28 dicembre 1846; Bourges, 24 brumaio anno 9; Angers, 27 febb. 1819 ; Douai, 21 nov. 1849 (Dalloz, 20, 2, 57; 21, 1, 127; 22, 1, 223; 26, 1, 125 e 171: 47, 1, 75; 50, 5. 315; S. V , 20, 2, 148; 21. 1, 177; 22, 1, 369; 26, 1, 332 e 333; J. P., 1847 , t. I, p. 372; 1851, t. II, p. 292).—*Vedi* intanto Bruxelles, 12 ventoso anno 12 (Dalloz, *Racc. alf.*, t. X, p. 156; S. V., *Coll. nov.*, 1, 2, 180).

(3) Cass., 6 pratile anno 2; Bourges. 6 piovoso anno 1° (S.V.. *Coll. nov* , 1, 1, 30, e 2. 50; Dalloz. *Racc. alf.*, 1. 116).

(4) Ric., 10 marzo 1814 (S. V., *Coll. nov.*, 4, 1, 545; 15, 1, 116; Dalloz. 14, 1, 391).

(5) Parigi, 13 sett. 1828 e 28 aprile 1838 (S.V., 29, 2. 19; 38, 2. 218; Dalloz, 38. 2, 123). — *Vedi* pure Duranton (t. XVIII , n. 220) ; Merlin (*Rep.*, alla parola *Furto*, sez. 2, § 3); Aubry e Rau (t III, p. 460, nota 1); Massè e Vergè , sopra Zachariae (t. V, p. 37, nota 2); Troplong (no. 134 e 603).

speciali circostanze potrebbesi il mandato tacito estendere anche alle provvisioni prese da un domestico in conto ed a credito pel suo padrone. Infatti, se per esempio fosse riconosciuto che il domestico aveva l'abitudine di ciò fare, sarebbe ben difficile non riguardare le compre come fatte per consenso e coll'autorizzazione tacita del padrone; e in conseguenza costui dovrebbe essere dichiarato responsabile verso coloro che abbiano fatto le somministrazioni, almeno in proporzione delle provviste ordinarie (1).

851. Ciò portaci naturalmente a parlare dei preposti e dei commessi. Come è pur troppo evidente, il preposto, avuto riguardo alla sua condizione, può in certo modo considerarsi come mandatario del padrone. La Corte di Agen ha giudicato in questo senso, che il segretario di un vescovo, il quale liquida il conto delle somministrazioni fatte al vescovato, reputasi agire come mandatario del vescovo, il quale è per ciò stesso obbligato a pagare il saldo del conto, sebbene non siavi mandato apparente (2). — Lo stesso dicasi in generale, del commesso rispetto al mercante, e specialmente del commesso viaggiatore rispetto alla casa per cui viaggia. E pure la giurisprudenza intorno a quest'ultimo punto ha seguito diversissime opinioni. Parecchie decisioni hanno giudicato, che in mancanza di un mandato espresso che autorizzi un commesso viaggiatore a comprare o vendere per conto della sua casa, questi reputasi unicamente incaricato di ricevere ordini in commissione e di trasmetterli alla casa, diguisachè sia necessaria l'accettazione della casa per essere perfetti i negozî (3). Altre invece ritengono che, anche senza un espresso mandato, il commesso viaggiatore obbliga la casa alla esecuzione dei negozî da lui conchiusi (4). Ma queste diverse soluzioni non sono punto contraddittorie, poichè in tal caso tutto dipende dalle circostanze, e specialmente dalle abitudini e dagli usi seguiti dalla casa per conto di cui il commesso viaggia.

852. Infine, può anche riguardarsi capace di far supporre il mandato la relazione che si stabilisce tra l'ufficiale pubblico o ministeriale e il suo commesso. Infatti, quest'ultimo potrà benissimo, fino ad un certo punto e secondo le circostanze, riguardarsi come mandatario, in forza di un tacito mandato, del patrocinatore, dell'usciere, del notaro nel cui studio esercita il suo ufficio.

853. Ma gli scrittori si spingono più oltre, e, specialmente in quanto concerne il notaro, si ritiene generalmente doversi considerare come mandatario del cliente. *I notari sono mandatarî*, scrive Troplong fondandosi sulla decisione della Corte di cassazione da noi già esaminata (*sopra*, n. 825); la qual proposizione, formulata da Troplong come la espressione della verità, è stata indi riprodotta da altri (5), non che da moltissime decisioni giudiziarie, le quali hanno dichiarato i notari *mandatarî legali delle parti* (6). Però, per sè stessa, questa proposizione non è esatta; e, a dir vero, la decisione in cui per la prima volta fu enunciata, non le aveva dato questa precisa significazione che dipoi le si è attribuita. Come noi sopra dicemmo (*loc. cit.*), la Corte di cassazione fu mossa da un sentimento di benevolenza, e, come dice lo stesso Troplong, onde vendicare i notari dell'ingiustizia che loro facevasi,

(1) *Vedi* Duranton (*loc. cit.*).

(2) Agen, 5 luglio 1833 (S. V., 34, 2, 46; Dalloz, 34, 2, 66).

(3) Ric., 19 dic. 1821; Montpellier, 24 dic. 1841 (S.V., 22, 1, 306; 42, 2, 145; Dalloz, 22, 1, 193).

(4) Angers, 12 agosto 1825 (S. V., 26, 2, 328; Dalloz, 26, 2, 237).

(5) *Vedi* Troplong (n. 217); Championnière e Rigaud (n. 1482).—*Vedi* pure Merlin (*Rep.*, alla parola *Notaro*, § 6, n. 4).

(6) Cass., 24 giugno 1840, 18 marzo 1850, 24 genn. 1853 (S. V, 40, 1, 503, 50, 1, 381; 53, 1, 180; Dalloz. 40, 1, 259; 50, 1, 101; 53, 1, 29; J.P., 1840, 2, 188; 1850, 1, 699; 1853, 1, 525); Parigi, 21 magg. 1851, 27 agosto 1852, 22 giugno 1853, 14 gennaro e 13 giugno 1854, 4 dic. 1855 (J P., 1853, 2, 451 e 560; 54, 2, 477; 1856, 2, 277).

volle ritenerli come *mandatari* in una specie in cui le parti intendevano considerarli come semplici *locatores operarum*: in sostanza però altro non disse se non che, dovendosi procedere per assimilazione, il notaro debba paragonarsi più al mandatario che al locatore di opera.

Checchè ne sia, il notaro, quando è nello esercizio delle sue funzioni, cioè quando riceve le disposizioni delle parti e autentica le loro convenzioni, non è nè mandatario, nè locatore d'opera. Di ciò non può dubitarsi, se si tenga presente la definizione datane dal legislatore nella legge dei 25 ventoso anno XI, che può dirsi come lo statuto del notariato. « I notari, dice l'articolo 1°, sono i *funzionari pubblici* stabiliti per ricevere tutti gli atti e contratti a cui le parti debbano o vogliano far dare il carattere di autenticità proprio degli atti della pubblica autorità, per assicurarne la data, tenerli in deposito, e rilasciarne copie e spedizioni. » I notari sono adunque *pubblici funzionari*, secondo la qualificazione della medesima legge. E quando si rifletta che essi sono istituiti, secondo questo articolo, per dare agli atti che ricevono il carattere di autenticità *proprio degli atti della pubblica autorità*; che, secondo l'articolo 19 della medesima legge, i loro atti fanno fede in giudizio e *sono esecutori in tutta la estensione dello impero*; che, ai termini dell'art. 25, le copie da loro rilasciate sono intitolate e terminate *nei medesimi termini delle sentenze dei tribunali*; questa qualificazione di *pubblico funzionario* data dalla legge al notaro apparirà pienamente giustificata. Ciò posto, possiamo ben dire che il notaro che instrumenta, che compie un atto del suo pubblico ufficio, è il mandatario della legge o della autorità sovrana di cui è il delegato; ma non sarà certamente esatto dire che sia il mandatario legale delle parti di cui riceve ed autentica le convenzioni. Aggiungiamo, per altro, che a ciò osta potentemente la natura stessa delle cose. Il mandato suppone l'assenza della parte e l'intervento di una persona che agisca o stipuli per la parte e in nome di lei. Ora, nel caso nostro, la parte figura nell'atto sia personalmente, sia per mezzo di un procuratore. Il notaio vi interviene pure, ma non fa nulla in nome delle parti; nè lo potrebbe, come è stato appunto ritenuto dalla giurisprudenza, che pronuncia la nullità degli atti in cui il notaro sembri avere stipulato pel creditore assente (1): il suo ufficio consiste unicamente nello stipulare la convenzione, per darvi la autenticità propria degli atti della pubblica autorità, il che non potrebbe certamente fare se fosse mandatario delle parti (2).

854. Ma se non è un mandatario *legale* quando, procedendo nello esercizio *delle* sue funzioni, stipula le convenzioni delle parti e le rende autentiche, *può egli però* essere costituito mandatario *convenzionale*, sia per eseguire le convenzioni, sia anche per qualunque altro oggetto. E invero non vi ha alcuna incompatibilità tra le funzioni pubbliche di cui è investito il notaro, e le operazioni di un mandatario convenzionale. Che anzi in moltissimi casi, specialmente quando trattasi di impiegare capitali, conchiudere transazioni, prendere iscrizioni ipotecarie, ottenere consensi per cancellazione, ec., il notaro è naturalmente scelto, appunto per ragion della sua condizione, da colui il quale, non volendo o non potendo personalmente agire, ha bisogno di farsi rappresentare: però, secondo noi, questo mandato convenzionale non potrà ammettersi per supposizione. Quand anche il notaro stipuli costantemente gli atti del cliente, e siano provate le relazioni tra di loro esi-

(1) Rouen, 2 febb. 1829; Tolosa, 31 luglio 1830; Cass., 11 luglio 1859 (S. V., 30, 2, 175; 31, 2, 133; 59, 1, 551: Dalloz, 30, 2, 154; 31, 2, 124; 59, 1, 401; J. P.; 1859, p. 775).

(2) Questo punto di dritto è stato da noi svolto colla estensione che merita nel nostro *Trattato della Responsabilità notarile*, trattato ancora inedito, salvo alcuni frammenti pubblicati nella *Rivista del Notariato e del Registro* (*vedi* specialmente t. II. n. 181).

stenti, non potrebbe da ciò inferirsi il tacito mandato, come si inferirebbe, secondo i casi, dalle relazioni tra il notaro e il suo commesso. A torto dunque la Corte di Parigi, dichiarando un notaro responsabile rispetto al suo cliente, ha fatto risultare il mandato, causa prima della responsabilità, da diverse circostanze, e specialmente dall'essere l'ufficiale pubblico condannato il notaro abituale della parte (1). Ed invero, non vi ha alcun vincolo necessario tra la idea di mandato e il fatto rilevato dalla Corte di Parigi. In questo caso, non trattasi di un atto proprio dell'ufficio di notaro, di uno di quegli atti in cui, per volontà della legge, il notaro è, se non il mandatario, almeno il consigliere delle parti per cui stipula; trattasi invece di atti assolutamente estranei al suo ufficio, e pei quali, ripetiamo, non può mai supporsi il mandato. Questo allora non può esistere se non a condizione di essere espresso, o almeno confessato; e sarebbe proprio un continuo pericolo pel notaro, se si facesse risultare dalla reciproca condizione delle parti. Laonde, non importa che un tale sia il cliente ordinario del notaro: per esistere un mandato convenzionale, è necessario che siasene fatta la proposta al notaro, che questi l'abbia accettata, e allora solo sarà egli mandatario, nei limiti sempre della convenzione. Che anzi, oltre ad essere espresso, è necessario ne sia provata la esistenza.

Ma di ciò parleremo quanto prima, trattando della pruova. Per ora compiremo le nostre osservazioni relativamente al mandato tacito.

855. Dopo gli esempi presi dalla reciproca condizione del mandante e del mandatario, veniamo ora al mandato tacito risultante da atti o fatti. E primamente, in quest'ordine di idee, diciamo potersi riconoscere la esistenza di un mandato tacito per ricevere un pagamento nella persona di un usciere, di un notaro, dei commessi di un notaro o di un patrocinatore. In questo senso è stato giudicato. che l'usciere latore del titolo che deve mettere in esecuzione, ha per ciò stesso facoltà sufficiente di ricevere la somma dovuta e farne quitanza (2). Però bisogna regolarsi secondo le circostanze di ciascun affare, non potendo dirsi in modo assoluto che, per esempio, un notaro sia investito del mandato tacito di esigere per ciò solo che nell'atto da lui stipulato siasi detto che il pagamento debba farsi nel suo studio. La giurisprudenza ha costantemente ritenuto, che la semplice indicazione di un luogo per il pagamento di un credito, fosse pure lo studio di un notaro, non conferisca di pieno dritto e per sè sola la facoltà di ricevere la somma e farne quitanza (3): se però alla indicazione del luogo di pagamento si aggiungano altre circostanze, i giudici del merito, tutto valutato, potranno, secondo i casi, inferirne il tacito mandato di esigere (4).

856. Lo stesso dicasi della elezione di domicilio che spesso si inserisce negli atti. In generale, le elezioni di domicilio, quando non abbiano un significato speciale a seconda delle circostanze, debbono in certo modo riguardarsi come clausole di stile, inserite dalle parti, o per assicurarsi, in caso di lite, di essere giudicate dal tribunale del luogo in cui si conchiuse l'atto, o, in caso di offerta reale, per evitare il trasporto dei valori nel luogo. più o meno lontano, in cui il creditore potrebbe avere il suo domicilio. Non bisogna dunque da tali clausole inferire il tacito mandato; e quindi è stato giustamente deciso che la elezione di domicilio fatta in un precetto

(1) Parigi, 13 giugno 1854; Rig., 14 febb. 1855 (S. V., 54, 2. 695; 55, 1, 171; J. P., 1854, t. II, p. 477; 1856, t. II. p. 503; Dalloz. 55, 1, 170).

(2) Ric., 3 dic. 1838, 3 agosto 1840 (S. V., 39, 1, 339; 40, 1, 924; Dalloz, 39, 1, 37; 40, 1, 273).

(3) Cass., 23 nov. 1830, 21 nov. 1836 (S.V., 31, 1, 133; 36, 1, 892; Dalloz, 30. 1, 405; 37. 1, 53); Bordeaux, 11 luglio 1839; Lyon, 16 febb. 1860 (S V., 60, 2. 680; 61, 2. 607; Dalloz. 60, 2, 78 e 92; J. P., 1860, p. 1014; 1861. p. 1043).

(4) Rig., 12 marzo 1844 (S. V., 44, 1, 321; Dalloz, 44, 1, 212).

a pagare non implica per niun modo, per la persona presso di cui si fa la elezione, mandato di ricevere la somma dovuta al creditore e farne quitanza (1). Ma quando a questa stipulazione si aggiungano fatti più o meno espressivi, che le diano un significato che per sè sola non ha, può allora benissimo vedersi un mandatario tacitamente costituito nella persona presso di cui si è eletto il domicilio. La Corte di cassazione ha così giudicato rispetto ad un usciere il quale, notificando un atto, avea *volontariamente* eletto nel suo studio il domicilio di colui che gli avea dato lo incarico; o almeno ha deciso che in tal caso l'usciere può riguardarsi come se si fosse costituito mandatario, e quindi responsabile di tutti i danni derivanti dalla sua negligenza nella esecuzione del mandato (2).

857. Ciò detto intorno alle circostanze da cui può inferirsi la esistenza di un mandato, aggiungeremo da ultimo, per ciò che riguarda il contratto in generale, che si può per convenzione limitarne la durata o modificarlo con una condizione. Infatti, come dice Pothier (3), il mandante può incaricare il mandatario di fare per lui un determinato affare, durante un certo tempo o sino ad un certo tempo, o nel caso che avvenga la tal condizione; e per l'inverso, il mandatario può, accettando il mandato, dichiarare che se ne incarica per eseguirlo e compirlo sia dopo un termine stabilito, sia quando avvenga la tale condizione.

Ciò posto, conviene ora ritornare, sempre per la parte che concerne le condizioni di forma, ai due elementi del contratto, che sono la facoltà di agire o la procura, di cui parla il primo paragrafo del nostro articolo, e l'accettazione, a cui si riferisce il secondo paragrafo.

III. — 858. Come abbiam detto, il mandato può essere espresso o tacito, verbale o scritto. Però comprendesi di leggieri che, trattandosi qui delle condizioni di forma, non può in generale farsi quistione che del mandato *scritto* (*vedi* nompertanto *infra*, n. 867). Per ora dunque lasceremo da canto il mandato *verbale* e quello *tacito*, salvo a ritornarvi, per compiere le osservazioni già fatte in proposito (*sopra*, nn. 844 e seg.), quando parleremo della pruova del contratto (*infra*, nn. 873 e seg.).

859. Il mandato, come è detto nell'art. 1985 (1857), § 1°, può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettera. E così infatti d'ordinario formasi il contratto, almeno quanto alla proposta del mandante. Il quale dichiara con questo atto, a cui il nostro articolo dà il nome di *mandato*, prendendolo come sinonimo della parola *procura* (*sopra*, *n.* 796), che egli *incarica* una persona, o *gli dà facoltà*, o anche la *prega* di fare per lui ed in suo nome il tale o tal altro atto giuridico. Infatti, in generale, le *parole*, come insegna Pothier, sono *di poca importanza*; bastando, per *costituire il mandato*, che sia indicata la volontà del mandante di incaricare un terzo per agire in sua vece e in suo nome: « Sive *rogo*, sive *volo*, sive *mando*, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est. » (L. 1, § 2, Dig. *Mandat.*) (4).

860. Non è nemmeno necessario che il mandante scriva di suo pugno nell'atto il nome della persona a cui conferisce l'incarico di agire. La procura infatti può darsi in bianco, come spessissimo avviene nella pratica. Colui a cui è spedita riempie il bianco, scrivendovi il nome della persona che stima conveniente di scegliere; e quella allora farà le parti di mandatario rispetto ai terzi. Nondimeno, se la nomina della persona sia fatta da un altro, il mandante potrà impugnare di nullità la procura, an-

(1) Ric., 6 frimajo anno 13 (S. V., 5, 1, 233; *Coll. nov.*, 2, 1, 30; Dalloz, 5, 1, 126; *Racc. alf.*, 6, 390).

(2) Ric., 9 marzo 1837 (S. V., 37, 1, 301; Dalloz, 37, 1, 206).

(3) Pothier (nn. 34 e 35).

(4) Pothier (n. 30).

che contro i terzi, purchè provi che realmente non sia stata riempita da colui a cui l'aveva spedita in bianco (1).

861. In generale, il mandante può fare la procura nella forma che più gli piace, scegliendo tra l' atto privato e l' atto pubblico o notarile. Tuttavia questa facoltà di scegliere è limitata, come più innanzi indicheremo. Ma pria di tutto conviene stabilire alcuni punti relativamente all' una e all'altra forma.

862. Ed in prima, quando il mandato sia fatto per iscrittura privata, non sarà di bisogno la formalità del doppio originale. L'art. 1325 (1279 M) del Codice Napoleone la richiede, soltanto per le scritture private le quali contengano convenzioni *sinallagmatiche*. Però, come abbiam detto, il mandato è un contratto unilaterale, imperfettamente sinallagmatico (*sopra*, n. 801).

863. Se il mandato sia dato ad oggetto di prendere in prestito, non sarebbe nemmeno necessaria la formalità del *buono* od *approvato* prescritta dall'articolo 1326 (1280) del medesimo Codice, il quale riguarda il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata non scritta per intero di mano del soscrittore, colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutabile. Or se quest' obbligo esiste per l' atto di prestito che dovrà ulteriormente stipularsi dal mandatario in esecuzione del mandato, non può estendersi al mandato dato ad oggetto di prendere a prestito. La formalità del *buono* od *approvato* potrà dunque essere necessaria per la validità dell'atto di prestito, quando non sia scritto per intiero di mano del mandatario che rappresenta il mandante; ma non è punto richiesta per la validità della procura medesima data per prendere in prestito. Ciò è consacrato in una recente decisione della Corte di Cassazione (2).

Nella specie la procura, concepita in termini generali, non indicava nemmeno approssimativamente la cifra delle somme da prendersi in prestito; su di che fondandosi, i giudici del merito aveano creduto inferirne la non applicabilità dell'art. 1326 (1280). Ma la decisione di rigetto sembra non essersi attenuta a questa soluzione, la quale urta colla opinione, se non unanime, almeno generale, secondo cui la regola del *buono* o *approvato* riguarda le obbligazioni indeterminate, del pari che quelle determinate. Noi anzi crediamo che questa circostanza per sè sola non basterebbe per esimere il mandato dalla regola dell' articolo 1326 (1280); la quale non vi si può applicare appunto perchè, sia che determini o pur no la cifra delle somme da prendere in prestito, non contiene però mai la *obbligazione di somme* per cui è scritta la disposizione dell'art. 1326 (1280).

864. Quando il mandato sia costituito per atto autentico, specialmente quando l'atto sia fatto innanzi notaro, potrà stipularsi in brevetto. La legge dei 25 ventoso anno 11 sul notariato è esplicita sul riguardo. Infatti, è detto nello art. 20: « I notari devono conservare in minuta tutti gli atti che ricevono. Non si comprendono nella presente disposizione i certificati di vita, *le procure*, gli atti di notorietà; le quitanze di affitto, di pigioni, di salarî; le annualità delle pensioni e rendite, ed altri atti semplici, i quali, secondo le leggi, possono farsi in brevetto. » Nondimeno si è preteso, in alcuni casi speciali, per esempio per le accettazioni di donazione (3) e pei riconoscimenti di figli naturali (4) fatti per mezzo di mandatario, che la procura debba farsi in minuta, fon-

(1) *Vedi* Toullier (t. VIII, nn. 257, 258 e 269); Duranton (t. XIII, nn. 127 e 128); Aubry e Rau (t. VI, p. 376 e 377).

(2) Ric., 6 febb. 1861 (Dalloz, 61, 1. 366; S.V., 62, 1, 72; J. P., 1862, p. 321). — *Vedi*, in questo senso, Toullier (t. VIII, n. 303); Marcadè (art. 1326 (1280), n. 1); Bonnier (*Delle Pruove*, n. 595); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. III, p. 504); Aubry e Rau (t. VI, p. 389); Larombière (art. 1326, n. 8).

(3) *Vedi* Troplong (*Donaz.*, n. 1113); Duranton (t. VIII, n. 431).

(4) Girerd (*Rivista pratica*, t. IX, p. 133 e seg.).

dandosi da una mano sull'art. 933 (857) del Codice Napoleone, il quale, richiedendo che la procura per accettare una donazione sia fatta innanzi a notaio, aggiunge che una *copia legale* della medesima debba annettersi alla minuta della donazione; e, d'altra mano, sulla legge dei 21 giugno 1843, la quale, determinando le formalità necessarie per taluni atti, assimila pienamente i riconoscimenti di figli naturali alle donazioni, e vuole che le procure per consentire tali atti siano fatte nella medesima forma. Ma così si dà troppa importanza alle parole *copia legale* usate dal legislatore nell'art. 933 (857) del Codice Napoleone, e si aggiunge alla legge dei 21 giugno 1843, la quale, richiedendo per taluni atti la presenza di un secondo notaro, come una nuova solennità, non ha nulla detto che, esplicitamente o implicitamente, deroghi al principio generale stabilito nell'art. 20 della legge dei 25 ventoso anno 11. A buoni conti non vediamo alcuna seria ragione per escludere dalla regola comune le procure date ad oggetto di non sentire gli atti di cui si tratta (1).

865. Come già indicammo, la legge in alcuni casi restringe la facoltà data in generale al costituente di scegliere tra la scrittura privata e l'atto notarile per fare il mandato o la procura. In questi casi eccezionali, la procura deve essere fatta innanzi a notaio. Così, la legge richiede formalmente l'autenticità della procura negli art. 36, 66 e 933, § 2, (38, 69 e 857) pei casi in cui il mandatario debba presentarsi innanzi all'ufficiale dello stato civile, fare opposizione a un matrimonio ed accettare una donazione tra vivi: in questi tre casi, il mandatario deve avere una procura autentica.

Dopo la citata legge dei 21 giugno 1843, bisogna comprendere tra i casi eccezionali quelli preveduti nel suo art. 2, il quale richiede l'autenticità della procura quando il mandato sia conferito per consentire una donazione tra vivi, o tra coniugi durante il matrimonio, una revoca di donazione o di testamento, un riconoscimento di figlio naturale: in questi casi non basta l'autenticità ordinaria; la legge richiede inoltre la presenza reale del secondo notaro o dei testimoni.

Infine, dovrà anche necessariamente essere autentica la procura, quando la legge richiede l'autenticità per l'atto che forma oggetto del mandato. Questo punto di dritto, dapprima vivamente combattuto, sembra oramai stabilito, e di giorno in giorno va sempre più raffermandosi; la giurisprudenza, che già da lungo tempo erasi pronunciata in senso contrario, ritornò nell'anno 1854 ai veri principî, i quali d'allora in poi ha costantemente applicato. Di ciò abbiamo lungamente parlato nel nostro *Trattato-Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche*, per cui sarebbe qui inutile ritornarvi. Riferendocene dunque alle osservazioni ivi fatte (*loc. cit.*, nn. 470, 657, 1074), noi qui diremo soltanto che quella soluzione, anzichè restrignersi alla surrogazione nella ipoteca legale della moglie, alla costituzione d'ipoteca e all'atto di consenso per la cancellazione, deve estendersi a tutti gli atti pei quali è richiesta dalla legge la forma autentica. Così, dovrà essere autentica la procura quando il mandatario rappresenti il mandante sia in un atto di surrogaaione convenzionale consentita ai termini dell'art. 1250 § 2, (1203), sia in un contratto di matrimonio (articolo 1394 (1348)), sia in una cessione di brevetto d'invenzione (legge dei 5 luglio 1844, art. 20, § 2). La camera civile della Corte di cassazione ha consacrato questo punto di dritto precisamente in una di queste ipotesi, dichiarando nullo il contratto di matrimonio fatto in assenza di uno dei futuri coniugi, quantunque il padre si fosse reso garante pel futuro assente (2).

(1) *Vedi* Toullier (t. V, n. 191); Aubry e Rau (t. V, p. 639, nota 6).

(2) Rig., 29 maggio 1854 (S. V., 54, 1, 437; Dalloz, 54, 1, 208; J. P., 1854, t. II, p. 231).

866. Ma tra gli altri motivi della decisione trovasi questo, « che la validità del mandato è necessariamente subordinata *alla osservanza della forma essenziale all'atto che ha per oggetto.* » Or questa formola è troppo generale; e bisogna quindi restringerla nell'ordine d'idee in cui fu essa stabilita; perciocchè, presa alla lettera, la regola così formulata sarebbe condannata per le sue conseguenze medesime. Infatti, la legge vuole la pubblicità dell'accettazione di una eredità col beneficio dello inventario (Cod. Nap., art. 793 (710)), della rinunzia ad una successione (art 784 (701)), della rinuncia alla comunione (art. 1457 (1422)). Ma da ciò non potrebbe certamente inferirsi, è questa almeno l' opinione generale, che la procura per rinunciare ad una eredità o ad una comunione, o per accettare una eredità col beneficio dello inventario, debba farsi in forma autentica (1). E, quand'anche voglia accettarsi la contraria induzione, non si dirà certo che in tal caso la autenticità della procura consista precisamente « nella forma essenziale all' atto cui il mandato si riferisce. » Per esservi una perfetta uniformità, la procura dovrebbe allora farsi nella segreteria, il che non è venuto mai in mente ad alcuno.

867. La procura per accettare una eredità col beneficio o rinunciarla dovrà forse essere data per iscritto? Aubry e Rau sostengono l'affermativa, invocando a tal proposito l'art. 1988 (1860) (2), il quale non ha che fare in questo caso, poichè non regola nè la pruova, nè la forma del contratto di mandato, ma riguarda unicamente la estensione delle diverse specie di mandato. Certamente, la procura di cui parliamo dovrà essere espressa, non potendo la facoltà di accettare o ripudiare una successione comprendersi in un mandato concepito in termini generali (*infra*, n. 932). Ecco tutto quello che può inferirsi dall'art. 1988 (1860), che i dotti scrittori di cui combattiamo la dottrina han voluto confondere collo art. 1985 (1857). E questa confusione tanto meno si può loro perdonare, dacchè essi medesimi riconoscono e stabiliscono chiaramente che il mandato di accettare una eredità *puramente e semplicemente* può essere verbalmente conferito (3). Or, per ciò che riguarda l'applicazione dell'art. 1988 (1860), il mandato di accettare puramente val quanto quello di accettare col beneficio. Per altro, è naturale che in pratica la procura per accettare col beneficio d'inventario o per rinunciare sarà quasi sempre fatta per iscritto; ma non sarebbe questa una ragione per dire che sia inefficace o nulla se fatta verbalmente.

IV. — **868.** Veniamo ora all'accettazione del mandato, con cui si perfeziona il contratto, manifestandosi il consenso del mandatario e la sua intenzione di obbligarsi. Siccome la procura, l'accettazione può farsi in termini espressi e per iscritto, sia nell'atto medesimo che contiene la costituzione del mandato conferito dal mandante, sia in un atto separato, sia anche in una semplice lettera. A tal rispetto non abbiamo nulla a dire, quanto alla forma e al vincolo di dritto, che non trovisi nelle nostre precedenti osservazioni. Se l'accettazione sia fatta per iscrittura privata, l'atto che la contiene, come dicemmo per la procura, essendo essenzialmente unilaterale, non è soggetto alla formalità del doppio originale. Se fatta per lettera, il contratto si forma all'istante medesimo e diviene obbligatorio per le parti, quand'anche il fatto dell'accettazione provato colla lettera non sia ancora conosciuto dal mandante (4).

869. Ma non è necessario che l'accettazione sia scritta o espressa, potendo, ai termini del nostro articolo, essere anche tacita e risultare dalla esecuzione data dal mandatario al mandato. Così disponendo, l'articolo 1985 (1857) non ha fatto che consacrare le regole già ricordate da Pothier in questi

(1) *Vedi* Aubry e Rau (t. V, § 612, nota 9; § 613, nota 7).
(2) *Vedi* Aubry e Rau (*loc. cit.*).
(3) *Vedi* Aubry e Rau (§ 611, nota 38).
(4) *Vedi* Troplong (nn. 106 e 109).

termini : colui il quale è stato incaricato di un mandato, si reputa accettarlo tacitamente appena comincia a fare qualche cosa che ne dipende; questa tacita accettazione basta a rendere perfetto il contratto di mandato, ed obbliga il mandatario a compiere tutto ciò che ha relazione colla procura, e renderne conto, come se vi fosse stata una espressa accettazione (1). Ciò per altro è pienamente conforme ai principî generali del nostro dritto presente intorno alla manifestazione della volontà.

870. Ma potrebbesi indurre la tacita accettazione da fatti negativi, e prima di qualunque atto di esecuzione? Nel nostro antico dritto gli scrittori facevano tal quistione, ritenendo alcuni in modo assoluto che colui al quale fosse stata rimessa o spedita una procura doveva reputarsi avere accettato il mandato, anche prima di qualunque atto di esecuzione, per ciò solo che, ricevendo il mandato, non lo avesse respinto e dichiarato di non volersene incaricare. Altri però, e in maggior numero, eransi ispirati ad idee meno assolute e più eque (2). Se le parti erano presenti, ritenevano l'accettazione tacita e il consenso di obbligarsi per parte del mandatario, il quale, ricevendo la procura dalle mani del mandante, non avesse dichiarato di non volersene incaricare. Se invece erano assenti, o se la procura si fosse data per lettera, ritenevasi in generale che il fatto di trattenersi la procura o di non rispondere alla lettera che lo incaricava dello affare, non fosse sufficiente per far presumere l'accettazione, mentre l'aver trattenuto la procura o la mancanza di risposta potevano essere effetto della negligenza o dell'obblìo; e, salvo i casi in cui, per ragion della professione, fosse luogo a presumere l'accettazione, come se per esempio l'incarico fosse stato dato ad un procuratore *ad lites*, ritenevasi dovere il giudice decidere, secondo le circostanze, se vi fosse o no tacita accettazione.

Queste distinzioni possono anche oggi servir di guida ai tribunali, per decidersi sul partito da prendere (3). Però per sè sole non potrebbero condurre a soluzioni precise; sicchè a tal rispetto dovranno sempre i giudici, in forza del loro dritto supremo di estimazione, pronunciarsi a seconda delle circostanze.

V.—871. Ed ora alla pruova del mandato. Come facemmo sopra notare, l'art. 1985 (1857) accenna indirettamente alla pruova, dichiarando che il mandato può anche farsi verbalmente, ma che « non è ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo ***Dei Contratti o Delle Obbligazioni convenzionali in generale.*** » E pria di tutto giovi determinare con *precisione* la condizione che il legislatore *ha avuto* di mira in questa disposizione.

872. L'articolo non riguarda per nessun modo il caso in cui il mandato *sia provato* con una scrittura. Non *dobbiamo adunque* nulla dire intorno a questo caso, non potendosi allora muovere alcun dubbio particolare quanto alla pruova. L'atto stesso o la scrittura che contiene il mandato ne pruova la esistenza ; e a tal uopo basterà qualunque scrittura, anche una lettera. La Corte di cassazione ha giudicato in questo senso, che una lettera missiva contenente mandato di vendere un immobile, può essere sufficiente non solo per provare la esistenza del mandato, ma anche per istabilire le modificazioni fatte a un precedente mandato, fatto con atto autentico, con cui escludevasi il medesimo immobile dal numero di quelli che poteano vendersi dal mandatario (4).

873. La disposizione del nostro articolo riguarda dunque il mandato ***non scritto*** : il che importa che il mandato *tacito*, sebbene non nominato espressamente, com-

(1) Pothier (n. 31).
(2) Pothier (nn. 32 e 33).
(3) *Vedi* intorno a questo punto, Troplong (numeri 148-152) ; Mourlon (t. III, p. 431) ; Boileux (t. VI, p. 571).
(4) Cass., 6 febbraro 1837 (S. V., 37, 1, 201; Dalloz, 37, 1, 146).

prendesi in quella disposizione del pari che il mandato *verbale*. A tal rispetto possiamo tutto formulare in questa semplicissima proposizione: il contratto di mandato, posto sotto lo impero dei principi del dritto comune per ciò che riguarda la manifestazione della volontà (*sopra*, n. 845), è anche regolato coi principi del dritto comune per ciò che riguarda la pruova (1). Il che risponde pienamente alla intenzione da cui furono animati i compilatori del Codice quando, dietro l'osservazione del Tribunato (*loc. cit.*), modificarono la prima compilazione dello art. 1985 (2); ed è anche perfettamente d'accordo coll'articolo per come è ora diffinitivamente compilato. Se noi dunque, in tesi generale, abbiamo dovuto riconoscere la esistenza del mandato tacito, è necessità ora riconoscere che questo mandato, come quello verbale, non potrà essere provato se non colle regole del dritto comune consacrate negli art. 1341, 1343, 1353 (1295. 1297, 1307), a cui il nostro art. 1985 (1857) espressamente si riferisce.

874. Ma non può dirsi il medesimo della gestione di affari da noi sopra definita (numero 846). Essa è un quasi contratto, e quindi la sua esistenza o le obbligazioni che ne derivano possono sempre stabilirsi per mezzo di presunzioni o colla pruova testimoniale, giusta l'art. 1348 (1302) del Codice Napoleone. I tribunali, in generale, tengono conto della notevole differenza che esiste, sotto questo aspetto, tra il quasi contratto di gestione di affari ed il contratto di mandato. Però alle volte non se ne sono curati. e, confondendo queste due operazioni, hanno, in onta al divieto degli art. 1341, 1343, 1353 (1295, 1297, 1307) del Codice Napoleone, cercato nelle circostanze della causa la pruova della esistenza del mandato, come se si fosse trattato della gestione di affari (3). Ma in sostanza, e in generale, i tribunali non si sono ingannati. Infatti, quando nelle operazioni di una persona hanno veduto o creduto dover vedere un quasi contratto di gestione di affari, ossia quel volontario intervento, quei fatti spontanei, infine quella ingerenza che per sè stessa esclude la partecipazione del padrone e non gli permette quindi di procurarsi una pruova scritta, hanno costantemente ritenuto non doversi applicare, quanto alla pruova della esistenza della gestione o delle obbligazioni che ne derivano, le proibizioni stabilite in materia di obbligazioni convenzionali, e in conseguenza potersi il fatto provare sia con tutte le circostanze della causa, senza bisogno di una scrittura, sia colla pruova testimoniale, qualunque si fosse il valore della causa (4). Per l'incontro, quando in tali operazioni hanno veduto un mandato, una procura, di cui avrebbe dovuto la parte procurarsi una pruova scritta, hanno applicato le proibizioni degli art. 1341, 1343, 1353 (1295 1297, 1307), e, decidendo da una mano che spetti a loro valutare, secondo le circostanze della causa e la natura dei fatti, la estensione del mandato e delle obbligazioni del mandatario, hanno dall'altra riconosciuto che *la esistenza del mandato* debba essere provata secondo le regole ordinarie della pruova delle obbligazioni convenzionali (5).

Giovi intanto vedere quali siano queste regole ed a chi possano essere opposte.

875. Intorno al primo punto, non può muoversi alcun dubbio. Mancando una con-

(1) Ric., 17 nov. 1856 (S.V., 58, 1, 64; Dalloz, 57, 1, 58; J. P., 1858, p. 251).

(2) Locré (t. XV, p. 219, 220, 226, 244-246); Fenet (t. XIV, p. 568, 575. 591-593).

(3) *Vedi* le decisioni già citate di Parigi, 13 giugno 1854, e Rig., 14 febbraro 1835 (S.V., 54, 2, 695; 55. 1, 171; J.P., 1834, t. II, p. 477; 1856, t. II, p. 503; Dalloz, 55, 1, 170).— *Vedi* pure Ric., 10 giugno 1841, 7 marzo 1842 (S. V., 41, 1, 861; 42, 1, 207).

(4) *Vedi* specialmente Rig., 17 marzo 1845; Bordeaux, 20 giugno 1833 (S.V., 45. 1, 262; Dalloz, 45, 1, 186; 54. 2. 113; J. P., 1845, t. I, p. 388; 1855, t. I, p. 288).

(5) Rig., 2 giugno 1847. 30 giugno 1852, 19 luglio 1854. 21 maggio 1861 (J. P., 1847. t. II, p. 188; 1852. t. II. p. 268; 1862, p. 49; Dalloz, 47, 1, 208; 53, 1, 25; 61, 1, 389; S.V., 54, 1, 603; 61, 1, 606).

venzione scritta, potrà supplirvisi colla confessione o col giuramento; e, in tal caso, la pruova riguarderà la esistenza della convenzione, verbale o tacita, su cui è fondato il mandato. Ma se la convenzione non sia nè riconosciuta, nè confessata, non se ne potrà provare la esistenza per mezzo di testimoni, salvo il caso in cui il valore della causa non ecceda i 150 franchi, o siavi un principio di pruova per iscritto, giusta le regole generali sulla pruova delle obbligazioni (art. 1341, 1343, 1347 (1295, 1297, 1301)), applicabili al mandato per espressa disposizione del nostro articolo.

Nè tampoco potrebbe la esistenza del mandato stabilirsi colla pruova indiretta risultante da presunzioni; poichè, giusta la regola di dritto, consacrata dalla legge positiva (art. 1353 (1307)), le presunzioni dell'uomo, queste conseguenze che il giudice deduce da fatti riconosciuti per giungere alla conoscenza di fatti controversi, vanno pari passo colla pruova testimoniale, nè possono ammettersi se non nei casi nei quali quest'ultima pruova è ammessa dalla legge.

876. Quanto al secondo punto, si ritiene generalmente che sia luogo a distinguere fra i terzi e le parti contraenti; e che nel mentre rispetto a quest' ultime debbano rigorosamente applicarsi i principî del dritto comune sulla pruova, dovrebbesi, per derogazione, lasciare la facoltà ai terzi di stabilire la esistenza del mandato per mezzo della pruova testimoniale o di presunzioni, quando il mandatario abbia agito in nome del mandante, obbligando costui in faccia ai terzi (1). In sostegno di questa soluzione potrebbe dirsi, che si apporterebbe un grandissimo incaglio al movimento degli affari se i terzi fossero nella necessità di farsi presentare un mandato scritto che conferisca la facoltà di agire a colui con cui trattano. Ma, per quanto sia vera questa osservazione, non possiamo riguardarla come sufficiente in presenza di un testo assoluto, che nè direttamente, nè indirettamente, stabilisce in favore dei terzi alcuna derogazione alle regole ordinarie sulla pruova. E la Corte di cassazione, secondo noi, ha fatto una giusta applicazione dei principî, decidendo che la pruova di un mandato tacito non può fondarsi sopra semplici presunzioni, senza far punto distinzione tra le parti e i terzi che erano in causa, e che nella specie aveano un grandissimo interesse a far riconoscere la esistenza del mandato (2).

Noi comprendiamo che questa soluzione, per sè stessa e nel suo rigore, non sia scevra da pericoli e da inconvenienti: e però, come rimedio, crediamo che i terzi possano almeno considerare l' operazione come una gestione di affari, e rivolgersi quindi contro il padrone. Eglino allora potranno, con testimoni o con semplici presunzioni, fare la pruova del quasi contratto di gestione di affari, secondo le regole testè ricordate (n. 874). La loro condizione allora non sarà certo tale quale sarebbe stata facendo la pruova del mandato; ma essi hanno una parte di colpa da rimproverarsi.

877. La pruova dell'accettazione del mandato è sottoposta a condizioni meno rigorose, come sorge dalla disposizione finale del nostro articolo, secondo cui « l'accettazione del mandato può esser tacita e risultare dalla esecuzione che gli ha data il mandatario. » Adunque, nel mentre per istabilire la esistenza del mandato tacito o verbale, vuolsi la pruova diretta, non ammettendosi la pruova testimoniale o le presunzioni dell'uomo se non nei casi eccezionali in cui questi mezzi siano ammessibili secondo il dritto comune, potrà invece largamente ricorrersi alle congetture per ciò che riguarda l'accettazione, la cui esistenza può riconoscersi, sebbene non espressa nè verbalmente nè per iscritto. In tal caso i tribunali hanno un larghissimo dritto di estimazione; ma non illimitato, come potrebbe

(1) *Vedi* Troplong (nn. 142-145); Boileux (t. VI, p. 571); Taulier (t. VI, p. 516); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 39, nota 4).

(2) Cass., 7 marzo 1860 (S. V., 60, 1, 542; Dalloz, 60, 1, 114; J. P., 1861, p. 221).

credersi prendendo alla lettera la disposizione della legge; imperciocchè havvi una regola suggerita dalla ragione, indicata dalla natura stessa delle cose, che bisogna supplire alla legge, la cui disposizione per altro non dovea e non poteva essere più precisa; ed è che, riconosciuto e determinato l'oggetto del mandato prodotto o allegato, non bisogna ammettere, in pruova dell'accettazione del mandatario, se non se i fatti assolutamente correlativi, quelli che non potrebbero esistere se non come esecuzione del mandato.

878. Così determinata la regola, comprendesi facilmente che non bisogna molto estenderci sulla applicazione. Aggiungeremo soltanto alcuni esempi a quelli che il lettore potrà già trovare nelle precedenti spiegazioni, riferendosene a ciò che abbiam detto sia sul carattere distintivo tra il consiglio e il mandato (*sopra*, n. 836), sia sul mandato tacito risultante da atti o fatti (*sopra*, nn. 835 e seg.). Così, la esistenza nelle mani del notaro di carte, titoli o documenti relativi ad un affare è stata spesso riguardata come inducente per sè sola la pruova che il notaro possessore abbia accettato il mandato di trattare il negozio e condurlo a termine. Però, come è manifesto, questo fatto per sè solo può non avere alcuna relazione coll'oggetto del mandato, nel qual caso non potrebbe considerarsi come un'accettazione. Così è stato giustamente giudicato dal tribunale di Montargis in una specie in cui un notaro, fatta la liquidazione di una eredità, aveasi trattenuto nelle sue mani il titolo di un credito che erasi perento. Il tribunale considerò che il notaro non avrebbe potuto essere dichiarato responsabile della perdita del credito se non provando che egli era incaricato di richiederne il pagamento o di ripetere dal debitore la rinnovazione del titolo (1). Ma pongasi che tutti i titoli fossero stati lasciati nelle mani del notaro liquidatore, il quale ne abbia esatto la massima parte, e distribuitene tra gli eredi le somme ricavate; in tal caso vi sarà la pruova evidente della accettazione del mandato, digeisachè rimanendo in potere del notaro un titolo non riscosso caduto in perenzione, potrebbe egli essere dichiarato responsabile della perdita (2).

879. La Corte di Parigi ha applicato questa medesima regola in una decisione nella quale noi avemmo parte. Nella specie, un notaio era stato incaricato dal signor T... di mettere in aggiudicazione una casa appartenente ai coniugi D... La vendita fu annunziata con affissi, nei quali dicevasi che T... avrebbe dato gli schiarimenti sulla proprietà.—Venuto il giorno della aggiudicazione, presentossi lo stesso T... come mandatario della signora B..., dalla quale era stato incaricato di dire all'incanto fino alla somma di fr. 25,500: quanto alle condizioni dello acquisto, la compratrice erasi la vigilia direttamente intesa coi venditori. L'immobile fu aggiudicato a T... come mandatario della signora B...; però essendosi bentosto riconosciuta la insolventezza di costei, le parti vennero a contesa innanzi al tribunale di Versailles: il notaro, chiedendo il pagamento delle spese contro i coniugi D..., venditori, come obbligati in solido col compratore; i coniugi D..., chiedendo reconvenzionalmente la condanna del notaro, come responsabile per avere aggiudicato l'immobile ad una persona insolvibile; e T..., difendendosi contro la dimanda di garenzia del notaro che l'avea messo in causa. — In tal condizione, il tribunale di Versailles, con sentenza dei 31 maggio 1861, credette dover condannare non solo il notaro, per considerazioni che non riguardano il nostro subbietto e sulle quali quindi non dobbiamo fermarci, ma anche T..., rispetto al quale la sentenza così esprimevasi: «Attesochè non è nè può mettersi in dubbio, e sorge per altro dalle stesse indicazioni degli affissi, che T..., agente di affari, incaricato di dare gli schiarimenti per la ven-

(1) Montargis, 11 genn. 1858 (Dalloz, 59, 3, 8). —*Vedi* pure Lyon, 18 luglio 1815 (Dalloz, 45, 2, 111).

(2) Tribunale di Mâcon, 3 aprile 1859 (Dalloz, 59, 3, 69).

dita, aveane ricevuto il mandato dai coniugi D..., onde per di lui mezzo conchiudere effettivamente il negozio; — attesochè avendo egli inoltre accettato dalla signora B... il mandato (che certamente dovette pure essere salariato) di acquistare per di lei conto, come avvenne di fatto, ha commesso verso i coniugi D... una colpa di cui deve essere responsabile; che infatti, essendosi reso aggiudicatario per una persona della cui solvibilità non avea conoscenza, egli ha personalmente contribuito al risultato dannoso pei coniugi D..., e deve quindi risarcirneli. »

Ma così il tribunale cadeva in una manifesta esagerazione. Nella specie infatti, non eravi nelle produzioni alcun documento o atto costitutivo del mandato, nei termini almeno come allegavasi da uno dei mandanti; trattavasi dunque di un mandato verbale, il quale, essendo unicamente provato colla confessione del mandatario, doveasi, quanto al suo oggetto e alla sua estensione, restrignere entro i limiti della datavi esecuzione. Ed invero, chi si è incaricato di dare schiarimenti intorno ad una proprietà che si mette in vendita, non si obbliga certamente a procurarne la vendita effettiva. E. d'altro canto, chi si rende aggiudicatario pel prezzo indicato da colui in nome di cui si presenta allo incanto, non intende certo assicurare che quest' ultimo sia o sarà in grado di pagarne il prezzo. A ciò non pose mente il tribunale di Versailles. E la Corte di Parigi, annullando la sentenza impugnata (1), ha tenuto conto di queste gradazioni, confermando nella sua decisione la regola sopra accennata, cioè: doversi unicamente ammettere come pruova dell'accettazione tacita di un mandato i fatti assolutamente correlativi al suo oggetto, *i quali* non possano altrimenti spiegarsi se non se come esecuzione del mandato.

1986 (1858). — Il mandato è gratuito, quando non vi sia patto *in contrario*.

SOMMARIO.

I. 880. Nel dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza francese, il contratto di mandato era per essenza gratuito; oggi lo è semplicemente per sua natura. — 881. Dal che segue: da una mano, che la stipulazione d'un salario non muta la natura del contratto, nè lo fa degenerare in locazione d'opera; — 882. D'altra mano, che non ne muta il carattere e non lo rende per ciò sinallagmatico.

II. 883. Per principio, il mandatario non può reclamare un salario, se non quando sia stato stipulato. — 884. Secus nei mandati relativi ad affari di cui il mandatario si incarica per professione: in tal caso il mandato si reputa salariato. — 885. Applicazione della regola al mandato commerciale in generale; — 886. E a taluni mandati in materia civile.

III. 887. Eccetto questi casi, non è dovuto salario se non siasi stipulato o promesso; ma basta anche una vaga promessa, purchè sia seria: non fa di bisogno che il salario sia determinato. — 888. La promessa può essere tacita ed indursi dai giudici a seconda le circostanze. 889. In che cosa può consistere il salario, come e quando è dovuto? Rimando.

I. — 880. In dritto romano, il mandato era *per essenza* gratuito. Se il mandante obbligavasi a pagare una cosa qualunque, danaro o altro, come prezzo dello incarico

(1) Parigi, 23 nov. 1863 (*Gaz. dei Trib.*, 29 novembre 1863; *le Droit*, 6 dicembre).

affidato al mandatario, e se questi non accettava la gestione per un puro ufficio di amico, il contratto perdeva la sua natura e il suo carattere, la convenzione degenerava in contratto di locazione. «Mandatum, dice il giureconsulto Paolo, nisi gratuitum, nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.» (L. 1, § 4, Dig. *Mand. vel cont.*) Nondimeno, non era senza esempio che il mandante, per mostrare la sua riconoscenza al mandatario, gli promettesse o donasse una somma di danaro. Però, onde non ne fosse alterato il carattere del contratto, doveasi questa ricompensa dare dopo la esecuzione e come un attestato della gratitudine ispirata al mandante dal servizio resogli dal mandatario. Il dono o la promessa allora non facea mutare il carattere gratuito del contratto, senza di cui non vi avrebbe potuto essere contratto di mandato propriamente detto. In conseguenza di ciò, se il mandatario avea dritto a reclamare l'onorario promesso dopo la esecuzione del mandato, non era già in forza dell'azione *mandati*, poichè la promessa non faceva parte del contratto; ma coll'azione straordinaria (*per persecutionem extraordinariam*) innanzi al presidente della provincia: «... De pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuae acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. *De salario autem, quod promisit, apud Praesidem provinciae cognitio praebebitur.*» (L. 1, C. *Mand. vel cont.*).

La nostra antica giurisprudenza, come ce ne fan fede i commentarî di Domat e di Pothier, avea con qualche piccola varietà seguite le medesime regole. L'ufficio dei mandatarî costituiti, dice Domat, è gratuito, poichè d'ordinario esercitano puri atti di amicizia; quando si stipula qualche salario, non si fa più un mandato, ma una specie di locazione, in cui quegli che agisce per un altro darebbe per un prezzo l'uso della sua industria e del suo lavoro. Ma la ricompensa data senza convenzione e per onore, per gratificare di un buono ufficio, è di un altro genere, e non muta per nulla l'indole della procura. E Pothier alla sua volta insegna, con maggiori sviluppi, che il mandato è per *essenza* gratuito; che la stipulazione di un salario fa degenerare il contratto in locazione d'opera; ma che nondimeno, se il mandante, volendo attestare la sua riconoscenza pel servigio resogli, prometta o dia al mandatario una somma di danaro, il contratto non perderebbe per questo il suo carattere, purchè quel che si dà o promette non sia il prezzo del servigio reso dal mandatario, il qual servigio non può essere valutato (1).

L'art. 1986 (1858) non ha seguito il medesimo sistema. Stabilendo che «il mandato è gratuito, quando non vi sia patto in contrario,» indica chiaramente che, sebbene ordinariamente gratuito, può aggiungervisi una convenzione di salario, la quale, quand'anche contemporanea al contratto, non ne muta nè la natura nè il carattere. D'onde sorge che il contratto di mandato non è più per *essenza* gratuito, ma solo per sua *natura*.

881. Adunque, da una mano, se il salario non muta la *natura* del contratto, non può più dirsi, come Pothier e Domat, che la stipulazione di un prezzo in vantaggio del mandatario faccia degenerare il mandato in locazione di servigio o di opera. Una tale stipulazione, è vero, fa sì che il contratto si rassomigli più alla locazione; ma, non ostante il salario, il mandato sarà sempre profondamente distinto da quest'ultimo contratto. Ciò in sostanza non può mettersi in dubbio; e se tra gli scrittori è surto al proposito un grave dissenso, ciò riguarda unicamente i segni per cui può riconoscersi e distinguersi ciascuno dei due

(1) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 1ª, n. 9); Pothier (nn. 22 e 23).

contratti. Ma di ciò parlammo allorchè discutemmo le condizioni di forma proprie del contratto di mandato (*sopra*, nn. 823 e seg.): e qui non facciamo che riferircene a quelle osservazioni.

882. D'altra parte, poichè il salario non muta il *carattere* del contratto, bisogna inferirne che la sua stipulazione non lo rende ***sinallagmatico***. Infatti l'obbligo del mandante di pagare il salario è puramente eventuale, dipendendo dal fatto della esecuzione del mandato; diguisachè potrà svanire se, per esempio, il mandato non sia eseguito, o sia revocato dal mandante prima che avesse ricevuto un principio di esecuzione (1). Può ben dirsi adunque che, il mandato, anche salariato, è sempre un contratto unilaterale o imperfettamente sinallagmatico, avvegnachè una sola delle parti, il mandatario, sia direttamente e necessariamente obbligata in forza della convenzione (*sopra*, n. 801).

Dedotte dalla regola queste conseguenze giuridiche, veniamo ora all'applicazione.

II. — 883. Poichè il mandato è per sua natura gratuito, il mandatario non potrà, per regola generale, pretendere un salario se non quando sia stato stipulato. Questo certamente è stato il pensiero dei compilatori dell'art. 1986 (1858), dicendo che il mandato è gratuito, *quando non vi sia patto in contrario*.

884. Tuttavia, questa regola non è assoluta; non potendosi infatti estendere ai mandati relativi ad affari di cui il mandatario si incarichi per professione. Colui che vive della sua professione non ha bisogno di stipulare un salario quando si incarica di fare in nome di una persona un atto del suo ministero o del suo ufficio. In tal caso, valgono come stipulazione gli usi che, in generale, determinano il salario o la indennità dovuta a questa persona per le operazioni di cui abitualmente si incarica. Il mandante si reputa essersene riferito a tali usi, quando nulla abbia detto, e il mandatario si ha nella convenzione una promessa implicita, in forza di cui potrà reclamare un salario. Da ciò scorgesi facilmente non potersi togliere questo dritto al mandatario se non quando le parti, derogando formalmente agli usi, abbiano convenuto che il mandato sarebbe gratuito: diguisachè, prendendo a rovescio la proposizione formulata nell'art. 1986 (1858), possiamo dire che in questo caso *il mandato sia* ***salariato***, quando non vi sia patto in contrario.

885. E per indicare con precisione questi casi, citeremo in prima i mandati relativi agli affari commerciali (il mandato commerciale, la commessione, la *senseria*). *Oggetto* del commercio essendo *precisamente* il lucro, è poco probabile che la convenzione tra il mandante e il mandatario incaricato di un'operazione *commerciale* non determini il modo come quest'*ultimo* sarebbe rimunerato. Ma ad *ogni modo*, se pure la convenzione taccia sul proposito, sarebbe allora il caso di dire che le parti abbiano inteso determinare l'indennità secondo gli usi del commercio. È questa l'opinione degli scrittori, confermata dalla Corte di Rennes, giudicando che colui il quale ha accettato ed adempiuto le funzioni di sovraccarico di una nave, quand'anche non siasi stipulato alcun compenso, può pretendere il dritto di commessione accordato dall'uso a questo genere di funzioni (2).

886. Citeremo inoltre taluni mandati dati in materia civile, i quali per analoghe considerazioni debbono ugualmente ritenersi salariati. Per esempio, quando io incarico un patrocinatore di rappresentarmi in un litigio, un usciere di mettere in esecuzione un atto, un agente di affari di fare per me

(1) *Vedi* Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 437 e 438).

(2) Rennes, 9 aprile 1827 (S.V., *Coll. nov.*, 8, 2, 355). — *Junge*: Parigi, 24 luglio 1809 (S. V., 14. 2, 169; *Coll. nov.*, 3, 2, 106; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 966). — *Vedi* pure Vincens (*Legisl. comm.*, t. II, p. 112); Delamarre e le Poitvin (t. I, nn. 104 e seg.); Troplong (nn. 229 e seg.); Massé (*Dr. comm.*, 1ª ediz., t. VI, n. 311; 2ª ediz., t. IV, n. 2674).

una riscossione, il mandato a costoro dato si reputerà certamente salariato, ed in mancanza di una stipulazione espressa relativamente agli onorarî o alla indennità, la medesima legge, nelle sue tariffe, o colla consuetudine, compie la convenzione, ed autorizza il mandatario a reclamare ciò che d'ordinario suole competere per l'affare di cui è stato incaricato (1). Su ciò non può farsi alcun dubbio, massime se il mandato abbia per oggetto un atto della professione del mandatario.

Nè ciò solo: il mandato può riguardarsi come salariato rispetto al mandatario di cui trattasi, in mancanza di espressa stipulazione, quand' anche abbia per oggetto atti che indirettamente si riferiscano all' ufficio o alla professione di lui. Quindi sono stati attribuiti onorarî, sebbene non stipulati, ad un notaro, per le cure che era stato incaricato di prestare nella amministrazione dei beni di un cliente; ad un patrocinatore, per l'incarico avuto di rappresentare una parte innanzi *al tribunale di commercio;* ecc. (2). E in ciò non vi ha nulla di esagerato, poichè la scelta del mandante essendo stata appunto determinata dalla professione del mandatario, la volontà delle parti non ha potuto essere equivoca: il mandatario ha consentito a prestare le sue cure perchè avea la certezza di esserne retribuito; e il mandante non ha potuto pretenderle se non coll'intendimento di rimunerarnelo.

III. — 887. Eccetto questi casi, dovrà applicarsi la regola dell'art. 1986 (1858): cioè che il mandato è gratuito, nè può essere altrimenti se non vi sia patto in contrario. Ma se il mandatario non può aver dritto a compenso se non quando siasi stipulato il salario, ciò non importa che questo debba essere determinato. Non così nella nostra antica giurisprudenza. « La promessa di un onorario fatta dal mandante in termini vaghi e generali, dice Pothier, sarebbe nulla e non produrrebbe alcuna obbligazione, come se il mandante avesse vagamente detto: *Io non mancherò di retribuire in modo conveniente il servigio che sarete per rendermi*. In ciò l'onorario differisce dalla mercede promessa in un contratto di locazione a colui che ci loca i suoi servigi... La ragione della differenza sta in ciò, che la mercede, sebbene promessa in termini vaghi, è allora il prezzo di servigi valutabili, e quindi può essere determinata in quella cifra che verrà indicata da periti; nel mentre un onorario promesso ad un mandatario non può riguardarsi come prezzo dei suoi servigi, che non possono valutarsi, e quindi la promessa fattane in termini vaghi sarà nulla perchè non ha per oggetto una cosa determinata nè determinabile (3). » Però questa soluzione, che nel nostro antico dritto riannodavasi non solo alla distinzione tra il prezzo e l'onorario di cui abbiamo sopra parlato (nn. 824 e seg.), ma anche al principio secondo cui il mandato era *essenzialmente* gratuito, non può più oggi seguirsi, poichè, da una parte, la distinzione tra l'onorario e il prezzo non serve più, come cercammo dimostrare, a caratterizzare il mandato, e, dall' altra, questo contratto è soltanto per sua natura gratuito. È dunque erroneo voler fare della tesi di Pothier la regola del nostro dritto presente (4). Laonde la promessa, anche vaga, di una rimunerazione sarà pienamente valida, purchè seria. Nè si dica che sia incerto ed indeterminato l'oggetto, potendosi la cifra della rimunerazione promessa determinare secondo le circostanze

(1) *Vedi* Troplong (n. 249); Mourlon (t. III, p. 437); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 36, nota 7); Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 439, nota 8). — *Vedi* pure Rig., 18 marzo 1818; Ric., 23 nov. 1838 (S.V., 18, 1, 234; *Coll. nov.*, 5, 1, 453; 59, 1, 597; Dalloz, 18, 1, 239; 59, 1, 131; J. P., 1859, p. 1017).

(2) Rig., 24 luglio 1832; Ric., 31 genn. 1843; Bordeaux, 25 genn. 1842; Bourges, 30 luglio 1839; Lyon, 8 nov. 1860 (S.V., 32, 1, 621; 43, 1, 125; 45, 2, 152; 60, 2, 58; 61, 2, 15; Dalloz, 32, 1, 311; 43, 1, 298; 42, 2, 93; J. P., 1860, p. 529; 1861, p. 195).

(3) Pothier (n. 24).

(4) *Vedi* specialmente Boileux (t. VI, p. 575).

di fatto, e specialmente secondo la importanza delle cure prestate dal mandatario all'affare che gli fu confidato; il che basta, ai termini dell'art. 1129 (1083), § 2, del Codice Napoleone. Pertanto non possiamo che approvare una decisione della Corte di Bordeaux, dalla quale risulta che, se il mandante dica al mandatario di invigilare con tutta sollecitudine gli interessi affidatigli, *che non se ne troverebbe male*, debbasi questa riguardare come una promessa, che dà dritto al mandatario di chiedere un salario, il cui valore può essere arbitrato dai tribunali secondo le circostanze (1).

888. E v'ha dippiù: i tribunali possono anche, in mancanza di convenzione speciale tra le parti, decidere, secondo le circostanze, che sia dovuto un salario al mandatario, dovendosi il patto contrario di cui parla il nostro art. 1986 (1858) vedere tanto in una stipulazione esplicitamente o vagamente formulata, quanto in una *tacita* convenzione (2). Ed il giudizio dei magistrati del merito, sovrano in questo punto, non può dar luogo a cassazione (3).

889. Altre quistioni possono farsi intorno al salario del mandato: per esempio, in che possa consistere, come e quando sia dovuto, secondo che sia stipulato puramente e semplicemente o sotto condizione. Ma di ciò parleremo più opportunamente nel commentario dell'articolo 1999 (1871).

1987 (1859). — Il mandato è speciale o per un affare, o per certi affari solamente; ovvero è generale per tutti gli *affari del* mandante.

SOMMARIO.

I. 890. Diverse specie di mandato. — 891. Il mandato è convenzionale, legale o giudiziario. — 892. Chiamasi pure mandato ad litem o ad negotia; *in che differiscono l'uno dall'altro*

II. 893. La più importante divisione è quella che distingue le diverse specie di mandato, avuto riguardo alla loro estensione, art. 1987 (1859). — 894. Il mandato, secondo questo articolo, è speciale o generale: Che cosa sia il mandato speciale? Che cosa sia il mandato generale? Dissentimento tra gli scrittori. — 895. Cause di questo dissentimento. — Passaggio all' articolo seguente.

I.— 890. Il mandato è di diverse specie. Infatti, dopo avere nel precedente articolo constabilito una prima distinzione relativa al carattere stesso della convenzione, in questo il legislatore ce ne indica un'altra relativa alla sua estensione: l' art. 1986 (1858) ha detto che il mandato può essere *gratuito* o *salariato*, e l' art. 1987 (1859) ci dice che il mandato può essere *speciale* o *generale*. Queste due distinzioni non sono le sole; ma ve ne ha una terza relativa al principio o all' origine del mandato, che importa determinare pria di venire al commentario dell'articolo.

891. Il mandato è convenzionale, legale o giudiziario.

Il mandato convenzionale è quello che risulta dal consenso delle parti. Noi già sappiamo in qual modo possa manifestarsi questo consenso, e come debba provarsene la esistenza.

Il mandato legale è quello che procede

(1) Bordeaux, 5 febb. 1827 (S. V., 27, 2, 102; *Coll. nov.*, 8, 2. 326; Dalloz, 27, 2. 184).

(2) Bordeaux, 26 giugno 1852 (S.V., 53, 2, 63).

(3) *Vedi* le due decisioni dei 16 marzo 1818 e 23 nov. 1838, citate sotto il n. 886.

dalla medesima legge è quello che, per un interesse di conservazione, di sorveglianza o di protezione, il legislatore confida a determinate persone, per esempio agli immessi nel possesso provvisorio dei beni di un assente (Cod. Nap., art. 120 e 134 (126 e 140)); ai tutori (articolo 450 (373)); al padre amministratore durante il matrimonio dei beni dei suoi figli minori (articolo 389 (312)); al marito amministratore dei beni della moglie (articoli 1428, 1531, 1539 (1399. TT)).

Il mandato giudiziario è, in sostanza, un mandato legale: però la legge incarica i giudici di destinare il mandatario. Possiamo citare come mandatari giudiziari, il curatore dato al presunto assente in virtù dello art. 112 (118); il notaro incaricato di rappresentare i presunti assenti nei casi preveduti dallo art. 113 (119); l'amministratore provvisorio, nominato per prender cura dei beni del convenuto per ragion di interdizione, ai termini dell'art. 497 (420).

I dritti e le obbligazioni dei mandatarî legali o giudiziari sono, in generale, quelli medesimi dei mandatarî convenzionali, secondo le regole stabilite negli articoli del nostro titolo, le cui disposizioni debbonsi combinare colle regole particolari stabilite dalla legge nelle diverse materie.

892. Il mandato dicesi pure *ad negotia* o *ad litem*, secondo che abbia per oggetto affari stragiudiziali o giudiziali. Il mandato *ad litem* è definito da Pothier « un contratto in virtù del quale colui che ha proposto o vuol proporre in giudizio una domanda, o colui contro di cui è stata proposta, confida lo esperimento della sua domanda o della sua difesa ad un procuratore della giurisdizione, che ne accetta lo incarico (1).» È questo appunto il mandato che oggi suol darsi ai patrocinatori. Qualunque altro mandato è un mandato *ad negotia*. Pothier parla minutamente del mandato *ad litem* nel suo Trattato del contratto di mandato (2). Le regole che vi si riferiscono appartengono alla procedura, e sono generalmente esposte dagli scrittori che si occupano di questa branca del nostro dritto civile. Noi qui non crediamo doverne particolarmente trattare; restringendoci solo ad indicare, come se ne presenterà l'occasione, le differenze esistenti tra il mandato *ad litem* e qualunque altro mandato.

Notiamo fin da ora che, nell'uso, questo mandato dicesi pure mandato *giudiziario*, senza che per questo si confonda col mandato giudiziario di cui parlammo nel numero precedente: ma ne differisce essenzialmente, in quanto che questo in realtà è convenzionale, poichè il patrocinatore mandatario è scelto dalla parte medesima ed accetta il mandato di rappresentarla.

II. — 893. Ma tra tutte le divisioni, la più importante è quella indicata dal nostro articolo 1987 (1859), il quale, separando le diverse specie di mandato secondo la loro estensione, lo distingue in *generale* e *speciale*.

894. A primo aspetto, potrebbe sembrar facilissimo determinare che cosa sia precisamente un mandato speciale, che cosa un mandato generale. E pure, le discrepanze sorte su tal punto tra gli scrittori mostrano quanto sia malagevole formulare a tal proposito definizioni chiare e precise; il che comprendesi di leggieri attesa la difficoltà di conciliare le due idee indicate nel testo del nostro articolo. Il mandato generale, esso dice, è quello dato *per tutti gli affari* del mandante. Dal che dovrebbe inferirsi, non essere generale quel mandato che non comprenda tutti gli affari del mandante; di guisachè la riserva di un solo affare basterebbe per renderlo speciale. E ciò appunto han sostenuto parecchi scrittori; anzi, spingendosi più oltre, hanno affermato che, per essere generale, il mandato debba, da una mano, comprendere tutti gli affari del mandante, e, dall'altra, conferire al mandatario la facoltà di fare, in nome e per conto del primo, *tutti gli atti giuridici capaci di*

(1) Pothier (n. 124).

(2) Pothier (nn. 124 a 143).

esser fatti per mezzo di mandatario, e che mancandovi questo doppio carattere, il mandato sarebbe speciale, qualunque per altro ne fosse la estensione (1).

Invero, questa definizione del mandato generale sarebbe in armonia colle ultime parole del nostro articolo, il quale infatti qualifica generale il mandato conferito *per tutti gli affari del mandante*: però, d'altro lato, bisogna riconoscere che la definizione del mandato *speciale* data dal medesimo articolo resiste all'idea che possa considerarsi come *speciale* un mandato per ciò solo che non comprenda tutti gli affari del mandante. Se il mandato speciale, ai termini di questo articolo, è quello che riguarda « un affare o *certi affari* solamente, » non può certamente dirsi che, quando comprenda tutti gli affari meno uno o due, sia pure speciale. Questa osservazione ha fatto Troplong, il quale, volendo alla sua volta fissare il significato dell'art. 1987 (1859), insegna che la procura sia generale, quand'anche circoscriva le facoltà del mandatario ad un determinato negozio, purchè, nello esercizio di tal negozio, sia lasciato libero di far tutti gli affari, preveduti o impreveduti, che successivamente vi si riferiscano; d'onde conchiude che vi siano due specie di procure generali, l'una che comprenda tutti gli affari del mandante, l'altra che ne comprenda un genere determinato, e due specie di procure speciali, l'una riguardante uno o due affari determinati che debbano compiersi dal mandatario, l'altra riguardante un solo atto di un affare determinato (2).

895. Questo dissentimento tra gli scrittori, questa difficoltà di dare una chiara ed esatta definizione del mandato generale e di quello speciale, dipende da ciò che si è voluta vedere una troppo intima relazione tra il nostro art. 1987 (1859) e il seguente articolo, non badando che il significato di quelle parole varia secondo le circostanze. Or l'oggetto e la estensione delle disposizioni di questi articoli differiscono essenzialmente. La disposizione dell'articolo 1987 (1859) è puramente teorica, avendo per oggetto più di *esporre* che di *disporre*. Sul terreno di questo articolo, che indica, e in termini per nulla felici come abbiamo veduto, la distinzione di cui è capace il mandato quanto alla sua estensione, potrebbe discutersi, in dritto filosofico, *sulla* definizione del mandato generale, *su quella* del mandato speciale, per vedere se debbansi stabilire varie classi per ciascuna di queste specie di mandato. Ma anche allora l'art. 1987 (1859) difficilmente ci condurrebbe a precise soluzioni, *che ad ogni* modo sarebbero senza interesse *od utilità* pratica. Però lo stesso Codice ci mostra da altri aspetti la quistione, stabilendo chiaramente un'altra distinzione da cui ne deduce tutte le utili conseguenze; distinzione che scaturisce dall'art. 1988 (1860), in cui il legislatore mette a confronto, e per così dire in opposizione, il mandato *concepito in termini generali* ed il mandato *espresso*. Lasciamo dunque da banda l'articolo 1987 (1859), e veniamo senz'altro al commentario dell'art. 1988 (1860).

1988 (1860). — Il mandato concepito in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione.

Quando si tratti di alienare, d'ipotecare, o di fare altri atti di dominio, il mandato debbe essere espresso.

SOMMARIO.

I. 896. *Controversie nell'antico dritto sulla distinzione tra il procuratore* omnium

(1) *Vedi* Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 463).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 274 e 275).

bonorum simpliciter, e *il procuratore cum libera : esse sono state risolute coll'art. 1988 (1860) — 897. Continuazione. — 898. Oggi, il mandato concepito in termini generali comprende i soli atti di amministrazione ; trattandosi di un atto di proprietà , il mandato deve essere espresso.— 899. Divisione.*

II. 900. *Definizione del mandato concepito in termini generali e del mandato espresso. — 901. Continuazione : il mandato è espresso non solo quando conferisce la facoltà di vendere o ipotecare* il tale immobile, *ma anche quando dia facoltà di vendere o ipotecare gli immobili del mandante, senza specificarli nè indicarli.— 902. Lo stesso dicasi del mandato il quale, comprendendo tutti questi atti, darebbe facoltà illimitata di alienare, ipotecare e prendere ad imprestito —903. Conclusione.*

III. 904. *In alcuni casi, per eccezione, non basta che la procura sia espressa.— 905. Così avviene quando la legge , in termini formali, richiede una facoltà speciale : esempi. — 906. In alcuni altri, la legge non richiede così rigorosamente la specialità , ma la impone entro limiti determinati. — 907. Influenza del principio della specialità dell'autorizzazione maritale.*

IV. 908. *Della estensione del mandato concepito in termini generali : esso comprende i soli atti di amministrazione — 909. Importanza di stabilire le regole proprie per determinare la estensione del mandato e distinguere la facoltà di amministrare da quella di disporre. — 910 Divisione.*

V. 911 1° Ricuperamento dei crediti del mandante. *Il mandatario amministratore ha il dritto di rivolgersi ai debitori del mandante per farli pagare, e di fare tutti gli atti necessari alla loro piena liberazione. — 912 La facoltà di riscuotere i crediti comprende quella di ricevere il prezzo del riscatto delle rendite. — 913.* Quid *della facoltà di accettare una* datio in solutum*? — 914. Ed una novazione ? — 915. Alla facoltà di riscuotere i crediti va congiunta quella di procedere contro i debitori : il mandatario può esercitare le azioni personali e mobiliari del mandante ; ma non quelle reali immobiliari.—916. Quanto alle azioni personali, non ha tutta la latitudine che avrebbe il mandante medesimo : compromesso, prorogazione delle giurisdizioni, acquiescenza, transazione, giuramento decisorio. — 917. Dello impiego dei valori del mandante riscossi dal mandatario, e come debba esser fatto.*

VI. 918. 2° Pagamento dei debiti del mandante. *Il mandatario amministratore ha la facoltà di pagare i creditori del mandante e consentire con essi una novazione. — 919. Egli non può, da convenuto, come nè da attore, prorogare le giurisdizioni, compromettere o transigere. — 920. La facoltà di pagare i debiti non riguarda nè i debiti immobiliari nè quelli puramente naturali.*

VII. 921 3° Conservazione e coltivazione dei beni del mandante. *Il mandatario può fare tutte le convenzioni necessarie per la coltura e la manutenzione dei beni del mandante, obbligando quest'ultimo nella sua persona e nei suoi beni — 922 Se coltiva da sè medesimo, può fare gli acquisti, comprare il letame , ecc. — 923. Se fa coltivare da un altro, può consentire gli affitti : in qual misura. — 924 Continuazione. — 925 Può prendere danaro a prestito . ma non consentire ipoteca per sicurezza di questi prestiti; — 926. Nè obbligare il mandante con biglietti estranei all'amministrazione.*

VIII. 927. 4° Alienazioni. *Il mandatario amministratore può fare le alienazioni che costituiscono atti di amministrazione. — 928. Non può alienare, nè cedere i mobili incorporali , tranne che nol faccia per soddisfare i debiti del mandante.— 929. Può consentire il riscatto d'una rendita dovuta al mandante : rimando. — 930. Delle alienazioni a titolo gratuito.*

IX. — 931. 5° Conservazione dei dritti del mandante. *Il mandatario amministratore può figurare nelle azioni possessorie , interrompere le prescrizioni , fare inventario, ecc. — 932. Non può accettare, nemmeno col beneficio dell'inventario, le successioni pervenute al mandante. — 933. Potrà rinunciarvi? — 934.* Quid *per l'accettazione delle donazioni e dei legati ? Distinzioni.*

X. 935. *Regole d'interpretazione per ciò che riguarda il mandato espresso : rimando.*

I. — **896.** **Questo articolo ha avuto per oggetto di troncare una controversia agitata** dagli interpreti del dritto romano e dai nostri antichi giureconsulti, cioè se dovessero distinguersi due specie di mandati generali, l'uno generale *simpliciter*, l'altro generale *cum libera* (*administratione*).

Secondo l'opinione comune ammettevasi la distinzione; e però chiamavasi procuratore *omnium bonorum simpliciter* quello « che era incaricato dal mandante di tutti i suoi affari, » e procuratore *omnium bonorum cum libera* quello a cui « confidavasi col mandato la *libera* amministrazione degli affari del mandante, dandogli piena libertà di fare, relativamente ai medesimi, tutto ciò che stimerebbe a proposito. » L'interesse pratico di questa distinzione stava in ciò, che i procuratori di quest'ultima classe aveano poteri molto più estesi di quelli della prima. Ritenevasi infatti, che il procuratore *omnium bonorum simpliciter* avesse soltanto la facoltà di fare gli atti di amministrazione, che non potesse vendere sè non se i ricolti e le cose soggette a perire, in una parola, che gli fosse vietata qualunque alienazione, eccetto quelle che doveano considerarsi come atti di amministrazione. Per l'opposto, al procuratore *omnium bonorum cum libera* riconoscevasi la facoltà di alienare e trasmettere la cosa all'acquirente, quand'anche l'alienazione eccedesse i limiti in cui la semplice amministrazione si restrigne. In appoggio di tal distinzione invocavansi generalmente taluni testi, da cui facevasi quella scaturire: da una mano la legge 63, Dig. *De Procurat.*, la quale infatti restrigneva nei termini indicati i poteri del procuratore *omnium bonorum simpliciter*; d'altra mano, la legge 58, *Eod.*; la legge 9, § 4, *De Acq. rer. dominio*: le Instituzioni di Giustiniano, *De Rer. divis.*, § 43, le quali sembravano estendere nel modo come abbiam detto i poteri del procuratore *cum libera*.

Questa opinione, come dicemmo, era quella generalmente seguita. Però era stata energicamente contraddetta. Duareno, Donello ed altri l'aveano respinta, e Vinnio la combatteva esplicitamente in una dissertazione *ex professo*, colla quale sosteneva che le parole *procurator omnium bonorum*, *omnium rerum*, *totorum bonorum*, e le altre *cui libera administratio rerum* o *negotiorum concessa est*, sono perfettamente sinonime nei vari testi di dritto in cui sono adoperate; che le ultime non aggiungono nulla a quelle con cui il mandante dia semplicemente facoltà ad un tale « di prendere il maneggio di tutti i suoi affari, » senz'altro dire; e che al postutto il procuratore *cum libera* non ha nulla dippiù del procuratore *omnium bonorum simpliciter*, non potendo l'uno e l'altro fare altri atti di alienazione che quelli necessari per l'amministrazione di cui sono incaricati (1).

897. Pothier, nel riferire questa controversia, non osa dire il suo *parere*. « Quantunque le ragioni di Vinnio contro la distinzione ordinaria, egli dice, sembrino assai plausibili, nondimeno non saprei decidermi tra la sua opinione e quella comunemente ammessa: *lectoris erit judicium* (2). » Ma, come è ben naturale, i compilatori del Codice non poteano mantenersi nella medesima riserva. Essi, da legislatori, doveano pronunziarsi; e quindi, senza tener conto della opinione fino allora prevaluta, hanno nello art. 1988 (1860), rigettando la distinzione tra le due specie di mandatari generali, sanzionata la dottrina così energicamente sostenuta da Vinnio. Ma importi notare le parole usate dal nostro legislatore, il quale, ponendo da canto la vaga ed elastica espressione di mandato *generale*, ha detto che: « Il mandato concepito in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione; quando trattisi di un atto di dominio, il mandato debbe essere *espresso*. » È essenziale adun-

(1) Vinnio (*Select. quaest.*, 1, 9).

(2) Pothier (nn. 144 e 145).

que non confondere il mandato generale con quello concepito in termini generali, nè il mandato espresso con quello speciale.

898. Ma che cosa è dunque un mandato concepito in termini generali? Che cosa è un mandato espresso? Ecco il primo esame a farsi nel commentario di questo articolo. Dopo di che verremo ad una minuziosa applicazione delle regole riguardanti la estensione del mandato concepito in termini generali e del mandato espresso.

II. — 899. Un mandato è concepito in termini generali quando le parti non abbiano anticipatamente determinato in modo formale la natura degli atti che debbonsi eseguire dal mandatario. In qualunque ipotesi in cui è determinata la natura degli atti per cui il mandatario è abilitato, il mandato è espresso, qualunque siasi l' importanza o il numero degli atti specificati e la estensione dei poteri conferiti al mandatario.

900. Adunque mandato espresso non è solamente quello dato per vendere *il tale immobile*, per conferire ipoteca *al tal creditore*, per consentire ipoteca *sul tale immobile*, o qualunque altro di cui sia precisamente indicato l'oggetto; ma sarà anche un mandato espresso quello dato per alienare o consentire ipoteca su *tutti gli immobili* del mandante, sebbene non individualmente e nominatamente indicati quelli da vendere o ipotecare, bastando di essere chiaramente specificata la natura degli atti da compiersi dal mandatario, *alienazione*, *costituzione d' ipoteca*. La Corte di cassazione ha giudicato in questo senso e in questo ordine d' idee, che la prócura con cui si conferisce in termini formali il potere di prendere danari ad imprestito sarà sempre espressa, quantunque non vi siano specificati il nome di chi debba dare il danaro, la forma e la cifra dei prestiti (1).

901. Ma v' ha dippiù: sarebbe anche espresso il mandato in cui si comprendessero tutti questi atti, dandosi facoltà illimitata di alienare, ipotecare, e prendere ad imprestito. In questo caso, come nei precedenti, i terzi saranno pienamente garentiti, poichè il mandante non potrebbe non riconoscere gli atti eseguiti in virtù dei poteri illimitati da lui conferiti. Gli è vero che alcuni scrittori, troppo preoccupati forse della distinzione puramente teorica indicata nell'art. 1987 (1859) tra il mandato speciale e il mandato generale, sono in certo modo scrupolosi ed esitanti attesa la grande estensione del mandato in quest'ultima ipotesi; ma in sostanza non vi è alcuna ragione di dubitare, almeno in tesi generale. Il mandato non può, per esempio, riguardarsi come l'autorizzazione maritale. A differenza degli articoli 223 e 1538 (212 e T), in cui le condizioni di questa autorizzazione sono determinate, il nostro articolo 1988 (1860) non dice punto che il mandato debba essere *speciale*, ma vuole soltanto una *espressa* dichiarazione. Il legislatore non ha voluto concedere al mandatario la facoltà di fare atti di disposizione, se non quando sia indubitabilmente dimostrata la intenzione e la volontà del mandante di conferirgli questo potere. Ma quando questa intenzione è certa, e sorge nettamente dalle medesime parole della procura, non vi sarebbe alcuna ragione per non darvi esecuzione.

Nè può considerarsi come contraria a questa dottrina la decisione della Corte di Torino, dalla quale risulta che un mandatario non possa ipotecare i beni del mandante in favore dei suoi personali creditori, quantunque abbia ricevuto la facoltà illimitata di prendere a prestito, ipotecare ed anche alienare (2). Che anzi essa implicitamente conferma la nostra soluzione; avvegnachè non ritenga già come non avvenute le costituzioni di ipoteca consentite in

(1) Rig., 6 dic. 1858; Ric., 6 febb. 1861 (S.V., 59, 1, 678; 62, 1, 72; Dalloz, 59, 1, 75; 61, 1, 366; JP., 1859, p. 506; 1862, p. 321).

(2) Torino, 10 nov. 1810 (S.V., 11, 2, 234; *Coll. nov.*, 3, 2, 56; Dalloz, 11, 2, 183).

esecuzione del mandato perchè il mandatario ne aveva ricevuto facoltà illimitata; ma solo perchè, consentendo questi atti *nel suo personale interesse*, aveva ecceduto i limiti del mandato, che gli dava facoltà unicamente di amministrare gli affari e gli interessi del mandante.

902. Dal che rilevasi quale idea bisogna farci, in tesi generale, del mandato espresso, e quale, per opposizione, del mandato concepito in termini generali. E in conseguenza vedesi anche non potersi confondere il mandato *concepito in termini generali* col mandato *generale*, come nè il mandato *espresso* con quello *speciale*.

III. — **903**. Ma pria di venire alle applicazioni della regola stabilita nello articolo **1988** (**1860**), giovi avvertire che in alcuni casi, per eccezione, la legge non si contenta della procura espressa nel senso del § 2 dello articolo, ma vuole inoltre una certa specialità. Quali sono questi casi?

904. Ed in prima, sonvi dei casi in cui la legge richiede formalmente un mandato o una facoltà speciale per stipulare qualche atto. Così avviene per gli atti dello stato civile quando le parti interessate non sono tenute a comparire personalmente (Codice Nap., art. **36** (**38**)); per gli atti di opposizione al matrimonio (art. **66** (**69**)); per la presentazione dei parenti, affini o amici in un consiglio di famiglia (art. **412** (**333**)); per le confessioni giudiziali (art. **1356** (**1310**)); ecc., (*vedi* pure gli art. **198**, **216**, **352**, **556** (**292**, **311**. **444**. **646**) Codice di procedura). In questi casi, non basta che sia determinata la natura dell'atto; bisogna inoltre che sia espressamente indicato l'affare per cui è conferito il mandato. A dir breve, la legge vuole che sia *speciale*, non contentandosi di una dichiarazione espressa. Così, per addurre un esempio, non sarebbe permesso di incaricare un mandatario per fare confessioni giudiziali in nome del mandante ogniqualvolta se ne presenti l'occasione: questa facoltà non può darsi se non per fare in giudizio la tale dichiarazione, la tal confessione specialmente indicata.

905. Alle volte anche, senza richiedere la specialità così rigorosamente come nei casi precedenti, la legge la esige nondimeno entro certi limiti e per un determinato ordine di fatti. Per esempio, in un contratto di matrimonio il marito può essere unicamente investito della facoltà generale di fare gli atti di amministrazione; non gli si potrebbe conferire la facoltà generale di alienare gli immobili della moglie (Cod. Nap., art. **223** e **1538** (**212** e T)). In qualunque altro caso, un mandato conferito in questi termini sarebbe *espresso*, e in conseguenza valido; nel caso nostro però dovrebbesi dichiarar nullo, non già in forza dell'articolo **1988** (**1860**), ma per applicazione degli art. **223** e **1538** (*212 e T*).

906 Infine. il principio della *specialità* dell'autorizzazione maritale, principio stabilito nei medesimi articoli **223** e **1538** (**212** e T), non permette che la moglie, durante il matrimonio, dia *al marito* o ad un terzo la facoltà di *alienare o ipotecare* tutti i suoi immobili, o prendere in prestanza danaro per una cifra non determinata anticipatamente. Nondimeno la Corte di Chambéry ha adottato una contraria soluzione in una recente decisione. Essa stabilisce dapprima come principio che la moglie. senza autorizzazione del marito, possa validamente consentire un mandato per alienare i suoi beni parafernali, salvo l'obbligazione del mandatario di richiedere l'autorizzazione maritale per ciascun atto di alienazione. Quindi, riferendosene alle circostanze particolari della causa in cui trattavasi di un mandato conferito al marito con cui gli si dava facoltà di alienare *tutti gli immobili parafernali*, la Corte decise: da una mano, che in questo caso non manchi l'autorizzazione speciale per ogni atto di alienazione, poichè il mandatario è nel tempo stesso il marito; e dall'altra, che il *mandato di alienare* gli immobili parafernali non sia generale, ma speciale, e quindi basti l'autorizzazione speciale del marito, richiesta dalla legge (1).

(1) Chambéry, 18 febb. 1861 (S.V., 61, 2, 284; J.P., 1861, p. 642).

Ma questa decisione, contraria alla dottrina ed alla giurisprudenza (1), non può per nessun modo giustificarsi. Ed in prima, non è punto dubbio che la moglie, per conferire un mandato ad un terzo o anche al marito, abbia bisogno dell'autorizzazione maritale: i principî a tal rispetto stabiliti dal Codice negli art. 215 (204) e seguenti sono assoluti nè ammettono eccezione se non se nei casi espressamente determinati. Ciò posto, comprendesi di leggieri che la moglie non possa validamente dare un mandato *illimitato* di vendere, ipotecare, alienare; poichè allora l'autorizzazione maritale, mancando della specialità richiesta sotto pena di nullità dagli articoli 223 e 1538 (212 e T) del Codice Napoleone, il mandato della moglie sarebbe per ciò stesso invalido. Invano la Corte di Chambéry dice che il mandato di alienare o ipotecare gli immobili, o di prendere danaro a mutuo, sia un mandato *speciale* nel senso dello articolo 1987 (1859), e che quindi basti l'autorizzazione speciale del marito. Questo mandato dovrebbe più veramente chiamarsi *espresso*; ma ad ogni modo, concedasi pure che questo mandato sia *speciale* come crede la Corte di Chambéry, si dirà per questo che a renderlo valido basti l'autorizzazione *speciale* del marito nei termini degli art. 223 e 1538 (212 e T) del Codice Napoleone? No certamente; poichè la specialità dell'autorizzazione maritale non è lo stesso che la specialità del mandato. Secondo l'art. 1987 (1858), un mandato è speciale anche quando abbia per oggetto *certi affari*, e per conseguenza anche quando conferisca la facoltà di vendere gli immobili del mandante; al contrario, secondo gli art. 223 e 1538 (212 e T), l'autorizzazione maritale data in questi termini sarebbe generale, e quindi nulla; essa allora, per essere speciale, dovrebbe esser data con conoscenza di causa, e quindi per ciascun affare, per ciascun contratto distintamente. Questa differenza tronca interamente la quistione. Se la moglie, anche autorizzata, dia il mandato di alienare o ipotecare tutti i suoi immobili, o di prendere danaro a mutuo senza determinarne anticipatamente la cifra, contravverrebbe alle disposizioni degli art. 223 e 1538 (212 e T) del Codice Napoleone; e, nulla l'autorizzazione per mancanza di specialità, sarebbe nullo il contratto per mancanza di autorizzazione (2).

Del resto, non bisogna spingere le cose all'estremo. Noi troviamo nella giurisprudenza una decisione, dalla quale risulta doversi dichiarare valido il mandato dato dalla moglie al marito per prendere a mutuo fino alla concorrenza di 500.000 franchi, ipotecando per sicurezza del debito i beni proprî di lei (3). La qual decisione, secondo noi, è perfettamente giuridica: quando il mandato indica la somma fino alla concorrenza della quale il marito mandatario possa prendere in prestito in nome della committente, l'autorizzazione maritale può e deve considerarsi come sufficientemente speciale, sebbene la somma da prendere in prestito sia di molto elevata.

907. Si avverta però che siffatte difficoltà possono sorgere nel caso in cui sia realmente necessaria l'autorizzazione del marito. Infatti, prendiamo l'ipotesi inversa di quella finora esaminata: se la moglie, invece di dar mandato al marito, è incaricata da quest'ultimo di alienare o ipotecare tutti gli immobili personali di lui, o gli immobili della comunione, o a prendere in prestito danaro per una somma non deter-

(1) *Vedi* Aubry e Rau (3ª ediz., t. IV, p. 132, nota: 47 e 47); Demolombe (t. IV, nn. 207 e 210); Ernesto Dubois (*Della incapacità della moglie*, p. 241-243).—*Vedi* pure Ric., 18 marzo 1840, 19 maggio 1841; Cass., 18 giugno 1844, 15 febbraro 1853, 10 maggio 1853; Bordeaux, 9 dic. 1847 (J. P., 1840, 2, 480; 1844, 2, 349; 1848, 1, 395; 1853, 1, 313 e 324; S. V., 40, 1, 201; 41, 1, 60; 44, 1, 492; 48, 2, 537; 53, 1, 572; Dalloz, 40, 1, 160; 44, 1, 306; 53, 1, 76 e 160).

(2) Infatti i giornali giudiziarî annunziano oggi che la Corte di cassazione, con decisione del 1° febbraio 1864, ha annullato quella della Corte di Chambéry.

(3) Ric., 25 gennaro 1843 (S. V., 43, 1, 247).

minata anticipatamente, gli è evidente che in tal caso non sarà necessaria l'autorizzazione maritale nel senso degli art. 223 e 1538 (212 e T), autorizzazione richiesta soltanto per gli atti fatti dalla moglie in suo proprio nome e pei suoi beni personali, per gli atti che potrebbe liberamente fare se non fosse maritata: ma allora non ne sarebbe più il caso, poichè la moglie non ha il dritto di trattare personalmente ed in suo nome, o disporre degli immobili del marito, o di quelli della comunione, durante la società coniugale. Nella nostra ipotesi adunque non d'altro trattasi che di un mandato nei termini degli articoli 1987 e 1988 (1859 e 1860); d'un mandato che il marito dà alla moglie, e che può benissimo darle non avendo alcuna ragione di non riporre in lei tutta la sua fiducia. Se così è, non han che fare nel caso nostro gli art. 223 e 1538 (212 e T), nè fa di bisogno il mandato speciale, com' era da noi testè definito: il mandato illimitato dato dal marito alla moglie nelle condizioni da noi supposte, sarà pienamente valido, e quindi dovranno rispettarsi gli atti compiti in esecuzione del medesimo, poichè tal facoltà, sebbene molto estesa, rientra sempre nei termini degli art. 1987 e 1988 (1859 e 1860).

E questa soluzione dovrebbe anche applicarsi nel caso in cui la procura data alla moglie abbia per oggetto l'amministrazione dei beni personali di lei, quando questo dritto sia stato riservato al marito nel contratto di matrimonio. Per modo di esempio, pongasi che il marito autorizzi la moglie ad amministrare i suoi beni personali, se maritata sotto la regola della comunione, o quelli dotali, se sotto la regola dotale: in tali casi non trattasi dell'autorizzazione maritale propriamente detta, poichè la moglie non avrebbe dritto di amministrare il suo patrimonio personale; ma trattasi bensì di un mandato: sicchè il marito resterebbe per principio amministratore, in virtù del contratto di matrimonio, le cui condizioni non possono essere mutate; e la moglie amministrerebbe come mandataria, in virtù di un potere, che, a differenza della maritale autorizzazione, non sarebbe soggetto al principio della specialità (1).

Da tutto quanto abbiam detto, scorgesi di leggieri che in ciò i giudici del merito debbano avere un certo dritto di estimazione. Eglino certamente non saranno liberi di riguardare come speciale un mandato generale; chè questa sarebbe una quistione di dritto soggetta alla censura della Corte di cassazione, come ella medesima ha dichiarato (2). Spetta però a loro decidere, interpretando la intenzione delle parti e le clausole dell'atto, se questo, anzichè un'autorizzazione maritale regolata rigorosamente dal principio della specialità stabilito nell'art. 223 (212), costituisca piuttosto un mandato in cui la specialità non è necessaria, bastando una dichiarazione espressa giusta l'art. 1988 (1860). A tal rispetto, la decisione dei giudici del merito sarebbe incensurabile dalla Corte di cassazione (3).

Dopo tali osservazioni relative ai casi in cui il mandato, anche espresso, non sarebbe sufficiente o valido senza una certa specialità, torniamo al nostro art. 1988 (1860). non più per ispiegarne i termini di cui già conosciamo il significato (*sopra*, nn. 899-902), ma per applicare le sue regole relative alla estensione del mandato.

IV.—908. Il primo paragrafo dell'art. 1988 (1860) ci dice che il mandato concepito in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione.

(1) *Vedi* Toullier (t. II, n. 644); Duranton (t. II, n. 488); Rolland de Villargue (*Rep. del notariato*, alla parola *Autorizzazione maritale*, nn 128-130); Aubry e Rau (t. IV, p. 133, nota 48); Demolombe (t. IV, nn. 204 e 205); Ernesto Dubois (*op. cit.*, p. 243-245).—*Vedi* però una decisione della Corte di Poitiers dei 5 piovoso anno 13 (S.V., 5, 2, 81. *Coll. nov.*, 2, 2. 22; Dalloz, *Racc. alf.*, 10, 139;

(2) *Vedi* la decisione sopra citata dei 18 giugno 1844 (J. P., 1844. 2, 349).

(3) Ric., 6 febb. 1861 (S.V., 62, 1, 72; Dalloz, 61, 1, 366; J. P., 1862, p. 321).

Ma che cosa deve intendersi per atto di amministrazione? Codesta quistione non sorge solamente in occasione del contratto di mandato, ma anche a proposito dell'amministrazione del marito, del tutore, della moglie separata di beni, del minore emancipato, ecc. Ma il significato delle parole atto di *amministrazione*, atto di *disposizione*, prese da sè stesse, non è punto determinato, anzi varia secondo le materie: infatti, al mandatario amministratore sono attribuiti poteri che il minore o la moglie non hanno, e *viceversa*. Nè ciò solo: nella stessa matèria del mandato, tra due procure concepite nei medesimi termini, senza l'addizione di alcuna clausola particolare, l'amministrazione dovrà intendersi più o meno estesa, secondo le circostanze in cui il mandato fu costituito. Ciò fa osservare Pothier, il quale, distinguendo tra il caso in cui la procura sia data nel luogo medesimo o poco lungi dal luogo in cui dimora il mandante, e quello in cui sia fatta da una persona che parta per un paese lontano dove debba lungamente trattenersi, insegna che, quantunque l'una e l'altra nei medesimi termini concepite, debba però darvisi più larga interpretazione nella seconda ipotesi, anzichè nella prima (1).

909. Ma quali le regole che determinano la estensione del mandato? Siffatto esame è importante sotto un doppio aspetto. Infatti, nelle relazioni tra mandante e mandatario, esse ci dànno la misura della obbligazione risultante dal mandato, in quanto che il mandatario che ecceda i suoi poteri diventa personalmente responsabile, come vedremo specialmente spiegando l'art. 1991 (1863). Rispetto ai terzi, ci mettono in grado di valutare gli atti di esecuzione avuto riguardo alla loro esistenza e validità, in quanto che il mandante è rappresentato dal mandatario e in conseguenza legato dai suoi atti se quest'ultimo non ecceda i limiti del mandato (*infra*, art. 1998 (1870)).

Vediamo adunque le regole che determinano la estensione del mandato concepito in termini generali, applicando il principio dalla legge stabilito, cioè che un tal mandato non comprende se non gli atti di amministrazione.

910. L'amministrazione di un mandatario può restrignersi alle cinque seguenti obbligazioni: 1° far pagare i debitori del mandante; 2° estinguere i suoi debiti; 3° fare tutte le convenzioni necessarie alla conservazione e coltivazione dei suoi beni; 4° alienare taluni oggetti; 5° e in generale sovraintendere alla conservazione dei dritti del mandante. Parleremo successivamente di queste varie specie di atti, determinando ad ognuna di esse la estensione del dritto di amministrazione del mandatario.

Diremo soltanto fin da ora, e a modo di osservazione generale, potersi spesso i principî del mandato contemperare a quelli della gestione di affari, in quanto che i terzi potranno chiamare obbligato verso di loro, come padrone, il mandante che, come tale, non sarebbe punto obbligato a causa degli eccessi nella amministrazione del mandatario. Però bisogna aggiungere che questo temperamento potrà non esser sempre efficace, avvegnachè, come risulta dal confronto degli articoli 1375 e 1999 (1329 e 1871), la legge è più rigorosa nel valutare la utilità degli atti del gestore di quel che non sia nel valutare quella degli atti del mandatario. Ma, senza insistere più oltre su questo punto, veniamo all'applicazione, salvo a ritornarvi nel nostro commentario dell'art. 1999 (1871) (*vedi* specialmente, n. 1087).

V.—911. 1° *Riscossione dei crediti del mandante.—Il mandatario amministratore* (così lo chiameremo a preferenza; per evitare la confusione che ne verrebbe chiamandolo mandatario generale, e per non usare la imbarazzante perifrasi di mandatario investito di un mandato concepito in termini generali), il mandatario amministratore ha pria d'ogni altro il dritto di rivolgersi ai debitori del suo mandante per farli pagare. Egli può non solo riscuotere i frutti, ma ricevere anche i capitali, e quindi liberare i debitori, rilasciando loro buona e valida

(1) Pothier (n. 147).

quietanza *. In conseguenza di ciò, potrà fare tutti gli atti necessari per l'assoluta liberazione dei debitori, e specialmente consentire la cancellazione di una iscrizione ipotecaria. Però questo consenso non dovrà mai darlo il mandatario amministratore prima dello intero pagamento del debito; se a ciò addivenisse, consentendo la cancellazione in tutto o in parte, per un puro sentimento di benevolenza, ecceder ebbe i suoi poteri, facendo in sostanza un atto di disposizione.

912. La facoltà di riscuotere i crediti del mandante comprende quella di ricevere il riscatto di una rendita, sebbene ciò costituisca un'alienazione; ma in questo caso havvi una ragione decisiva, ed è che lo stesso mandante non potrebbe opporsi alla ricompra (vedi *sopra* il commentario degli art. 1911 (1783) e seg., nn. 339, 359 e seg.).

Se però il mandante, valendosi della facoltà lasciata al creditore della rendita dallo art. 530 (453) del Codice Napoleone, abbia stabilito le clausole e le condizioni della ricompra, il mandatario non potrà nè punto nè poco allontanarsene, e dovrà ricevere il riscatto secondo le clausole e le condizioni da quello stabilite.

913. Per regola generale, il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa che si offre fosse eguale o anche maggiore (Cod. Nap., art. 1243 (1196)). Ma se non può essere costretto, il creditore è certamente libero di ricevere dal debitore una cosa diversa da quella che gli è dovuta. Potrebbe il mandatario amministratore fare lo stesso in nome del creditore suo mandante? Nessun dubbio che nol possa, massime se la cosa offerta in pagamento sia di minor valore di quella dovuta. E se pure la cosa offerta in pagamento sia apparentemente uguale o anche maggiore, diremmo che non si potrebbe mai conoscere con certezza se la sostituzione sia realmente vantaggiosa pel mandante. Per modo di esempio, pongasi che per un debito di una somma determinata, il debitore dia in pagamento un corpo certo: se per un caso qualunque la cosa perisse nelle mani del mandatario, il creditore (il mandante) soffrirebbe una perdita a cui non sarebbe stato esposto se la somma si fosse pagata in danaro effettivo. Nondimeno non crediamo potersi ciò stabilire come principio assoluto; avvegnachè, se non sarebbe giuridico accordare senza riserva al mandatario amministratore la facoltà di accettare una *datio in solutum*, non si potrebbe nemmeno negargliela assolutamente. Questo punto dovrà risolversi caso per caso, secondo le circostanze. Però, bisogna confessare che sarebbe più prudente se il mandatario e il debitore si astenessero per quanto è possibile da una operazione, la quale al postutto potrebbe aver per effetto d'*impegnare* la responsabilità del *primo* e *far pagare* l'altro due volte.

914. Lo stesso deve dirsi, e con più buon dritto, della novazione. L'accomodamento fatto col debitore, il quale, invece di offrire una cosa diversa da quella dovuta, rinnovi la sua obbligazione, o presenti un altro debitore, dovrebbe, anche più dell'accettazione di una *datio in solutum*, riguardarsi come un atto di disposizione. Nondimeno, secondo Pothier, un tale accomodamento potrebbe consentirsi dal mandatario, *quando ciò sia fatto per il bene degli affari del mandante*; e questa opinione è anche seguita da Troplong, il quale, sebbene riconosca che la sostituzione di una obbligazione novella a quella del debitore costituisca per parte del mandatario un eccesso di potere, considera nondimeno lo eccesso come legittimo, *quando la novazione torni utile al mandante* (1). Ma

* Tra le facoltà estese, illimitate e generali trasmesse al mandatario non può non comprendersi quella di ricevere e quietanzare i conti degli esattori ed amministratori locali, perciocchè sarebbe cosa del tutto incivile, che colui che ha la facoltà di nominare amministratori e procuratori sostituiti, non abbia poi quella di domandare i conti o di quietanzarli. Corte di Palermo, 20 luglio 1850.

(1) Pothier (n. 150). — Troplong (n. 288).

così si esce dalla quistione, poichè subordinando la sorte della novazione consentita dal mandatario alla utilità del mandante, si metterebbero in campo i principî della gestione di affari. Or non è dubbio che l'atto del mandatario il quale eccede il suo mandato potrà, secondo i casi, giustificarsi come gestione di affari. Ma noi qui parliamo dei poteri del mandatario, il quale agisca con tal qualità e non come *negotiorum gestor*; e, secondo noi, la facoltà di consentire la novazione, sostituendo un' obbligazione ad un'altra, non vi si può comprendere.

915. Alla facoltà di riscuotere i crediti del mandante, va necessariamente congiunta quella di agire contro i debitori per costringerli al pagamento. Il mandatario amministratore può dunque fare ai debitori qualunque precetto, citazione o intimazione; egli esercita le azioni personali e mobiliari del mandante, e può quindi procedere a pegnoramenti mobiliari.

Ma non può procedere a pegnoramento immobiliare. Sebbene un tale atto rientri in quelli di amministrazione, diceva Pothier, pure siccome sono tante le spese, che spesso sarebbe più utile ad un creditore lasciar perdere il suo credito, anzichè ingolfarsi in tali procedimenti, il mandatario non dovrà esser libero di impegnarvi il mandante, se non ne ottenga prima una procura speciale (1). Questo punto è oggi stabilito nell'art. 556 (646 M) del Codice di procedura, secondo il quale la consegna dell' atto o della sentenza in mano dell' usciere potrà equivalere ad un mandato per ogni esecuzione, eccettuato il caso di pegnoramento immobiliare e di arresto personale, *pei quali atti sarà necessaria un' autorizzazione speciale* *.

Il mandatario amministratore non può esercitare le azioni reali immobiliari, in conseguenza della regola che gli vieta di disporre degli immobili, poichè l'esito del giudizio potrebbe essere la perdita degli immobili o dei dritti immobiliari che ne sono l'oggetto.

916. Ma, nello esercizio delle azioni personali e mobiliari, avrà forse il mandatario amministratore i medesimi dritti e la medesima latitudine del mandante? No: quando il mandante agisce personalmente, potrà desistere dalla domanda, prorogare le giurisdizioni, compromettere, transigere, deferire il giuramento decisorio, prestare acquiescenza; cose tutte che in massima parte non può fare il mandatario. Questi certamente avrà il dritto di desistere dalla domanda, rientrando ciò essenzialmente nei poteri dell'amministratore. Ma non potrà nè compromettere, nè prorogare le giurisdizioni; i quali atti suppongono il dritto di poter liberamente disporre, che non appartiene al mandatario.

Nè tampoco potrebbe prestare acquiescenza al giudicato profferito contro il mandante: non già che egli abbia obbligo di farne appello, ma non deve togliersene il dritto finchè non siano trascorsi i termini dalla legge stabiliti: tutto ciò che può fare è di lasciar passare la sentenza in forza di cosa giudicata.

La transazione è spesso il miglior mezzo di terminare opportunamente una lite, e sotto questo aspetto sarebbe un atto di saggia amministrazione. Ma transigere, dice Domat, « importa d'ordinario diminuire i beni; e ciò non può farsi se non dal padrone che solo può in tal modo disporre (2). » E appunto per questo Pothier, senza negare assolutamente al procuratore *omnium bonorum* la facoltà di fare transazioni, opina non doverglisi tanto facilmente accordare, poichè la transazione, anzichè un atto di amministrazione, racchiude piuttosto una disposizione dei beni e dritti del mandante; insomma, secondo lui, per accordare o negare

(1) Pothier (n. 151).

* Il corrispondente art. 646 delle nostre *leggi di proc. civ.* esige il mandato speciale *solamente per* l'arresto personale. Ma questa varietà tra i due articoli non può avere influenza sulla maggiore o minore estensione dei dritti del mandatario amministratore.

(2) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 3, n. 11).

al mandatario la facoltà di transigere, devesi aver riguardo a diverse circostanze, tra cui la lontananza del mandante, l'importanza dello affare, ecc. (1). La Corte di cassazione ha così giudicato in una specie regolata dal nostro antico dritto, decidendo non essere necessario, prima del Codice Napoleone, che il mandato per transigere fosse letteralmente espresso, ma dovere i tribunali decidere, secondo le circostanze della causa, se nel tale o tal altro mandato generale potesse ritenersi compresa la facoltà pel mandatario di transigere (2). — Ma ciò, in generale, non può così di leggieri dirsi sotto il Codice Napoleone, le cui disposizioni sono considerate come più assolute. Infatti, l'art. 467 (390), relativo all'amministrazione del tutore, ci dà un potente argomento per contro, poichè, negando al tutore la facoltà di transigere in nome del minore, non fa alcuna distinzione tra la transazione riguardante semplici dritti mobiliari, e quella che abbia per oggetto dritti immobiliari. Nè havvi ragione per allontanarci dal pensiero di questo articolo; per cui bisogna dire che il mandatario amministratore non può fare alcuna transazione, non solo per quanto riguarda i dritti immobiliari del mandante, ma nemmeno in occasione dei suoi dritti puramente mobiliari.

La logica ci porterebbe a dire che il mandatario amministratore non possa nè tampoco deferire il giuramento decisorio al convenuto in un'azione personale, poichè il giuramento contiene una specie di transazione. Infatti, i tribunali, la cui decisione per altro è approvata da moltissimi scrittori, si pronunciano in questo senso (3), anche nel caso in cui il mandatario sia stato autorizzato a fare tutto ciò che il cliente potrebbe direttamente fare (4). E pure, secondo noi, in questo caso, potrebbesi senza inconveniente mostrare meno rigore che per la transazione. Era già questa la tendenza di Pothier. Quando un procuratore *omnium bonorum*, egli dice (5), non ha la pruova di un credito del mandante, potrà benissimo deferire il giuramento al debitore (l. 17, § fin. *De Jurej.*). Ma ciò dovrà solo ammettersi quando questo estremo spediente sia richiesto dalle regole di una buona amministrazione, cioè quando non sia possibile avere altre pruove. A tal rispetto, il procuratore *omnium bonorum* dovrà riguardarsi come un tutore (l. 35, Dig. *De Jurej.*). La qual decisione dovrà anche oggi seguirsi; anzi crediamo che per quanto sia conveniente negare al mandatario amministratore la facoltà *di deferire* il giuramento al debitore sovra *un credito* o dritto la cui esistenza possa altrimenti stabilirsi, altrettanto sarebbe giusto accordarglielo, come un ultimo *tentativo*, quando non abbia alcun altro *mezzo di pruova*.

917. Un ultimo *punto dobbiamo ora* stabilire. Quando il mandatario amministratore avrà ottenuto il pagamento, volontario o forzato, dei crediti del mandante, come dovrà impiegare le somme ricevute? Pria d'ogni altro egli dovrà impiegarle alla manutenzione dei beni di cui ha l'amministrazione. Ma, adempito questo suo primo dovere, potrà egli forse servirsi dei capitali rimasti disponibili nel modo che più creda opportuno? e specialmente, potrà egli impiegarli allo acquisto di mobili, valori, o anche di immobili? In generale, egli non dovrà permettersi alcuna compra di cose che non convengano al mandante; e se questi fosse sui luoghi o così vicino da poter essere consultato, la prudenza imporrebbe al mandatario di mettersi d'accordo

(1) Pothier (n. 157).

(2) Ric., 2 sett. 1807 (S.V., 7, 1, 450; *Coll. nov.*, 2, 1, 430; Dalloz, 7, 1, 450; *Racc. alf.*, 9, 973).

(3) *Vedi* Rig., 27 aprile 1831 (S V., 31, 1, 194; Dalloz, 31, 1, 271); Bordeaux, 30 luglio 1829; Rouen, 21 febb. 1842; Nîmes, 12 genn. 1848; Rennes, 6 agosto 1849 (S. V., 30, 2, 7; 42, 2, 262; 48, 2, 393; 51, 2, 732; Dalloz, 30, 2, 6; 43, 2, 20; 49, 5, 112; 31, 2, 136; J.P., 1842, 2, 47; 1848, 2, 353; 1850, 2, 97). — *Vedi* pure Toullier (t. X, n. 375); Duranton (t XIII, n. 587); Poujol (*Obblig.*, t. III, p. 413); Aubry e Rau (3ª ediz, t. VI, p. 319, nota 5).

(4) Grenoble, 23 febb. 1827 (S. V., 27, 2, 157; Dalloz, 27, 2, 140).

(5) Pothier (n. 156).

con lui. Ma se per la lontananza del mandante non fosse possibile consultarlo, il mandatario potrà liberamente agire secondo il suo giudizio, poichè la facoltà di impiegare i capitali comprendesi naturalmente nei poteri conferitigli dal mandante (1). D'onde segue; che il mandatario potrà impiegare i fondi del mandante sia in acquisto di mobili, valori industriali o altro, sia anche in acquisto d'immobili. Anzi, interrogando lo spirito del Codice, rilevasi facilmente che il legislatore protegge a preferenza gli acquisti di beni immobili (2).

VI. — 918. 2° *Pagamento dei debiti del mandante.* L'amministrazione di un patrimonio non consiste solo nel riscuotere i crediti; ma comprende bensì il pagamento dei debiti : *chi paga i suoi debiti si arricchisce.* Il mandatario amministratore può dunque pagare i creditori del mandante, e quindi ha qualità di ricevere precetti e citazioni, come di difendersi contro le azioni personali e mobiliari dirette contro il mandante *.—In mancanza di debiti esigibili, potrà egli impiegare i fondi disponibili pel riscatto delle rendite dovute dal suo costituente. — Potrà offrire in pagamento una cosa diversa da quella dovuta, purchè sia di un valore uguale o minore. — Potrà anche consentire novazione coi creditori del mandante, purchè la novella obbligazione sostituita alla prima offra maggiori probabilità di liberazione; avvegnachè sia un atto di buona amministrazione sostituire ad una obbligazione un'altra meno onerosa, costituendo ciò una specie di pagamento parziale. Dal che si vede che i dritti del mandatario per consentire una novazione sono più o meno estesi, secondo che la convenzione abbia luogo coi creditori ovvero coi debitori del mandante (*sopra*, n. 914).

919. Nel difendersi contro un'azione personale e mobiliare diretta contro il mandante, il mandatario non può, come nol potrebbe nemmeno da attore (*sopra*, n. 916), prorogare le giurisdizioni, compromettere, transigere. Ma può accettare la desistenza dello attore. — Sarebbe inutile domandare se possa il mandatario prestare il giuramento decisorio in un giudizio diretto contro il mandante, non potendosi questo giuramento deferire fuorchè su di un fatto personale alla parte cui vien deferito (Codice Nap., art. 1359 (1313)). Se però si impegni la lite sopra un fatto personale al mandatario, per esempio, sopra un pagamento di cui quest'ultimo non abbia rilasciato quietanza, allora potrà senza alcun dubbio deferirglisi il giuramento sopra un tal fatto, ai termini dell'art. 1358 (1312); tuttavia, il rifiuto del mandatario di prestare il giuramento non nuocerebbe per nessun modo agli interessi del mandante (3).

920. La facoltà del mandatario amministratore di pagare i debiti del mandante non è assoluta. Taluni debiti non potrebbero da lui pagarsi senza eccedere i limiti del dritto di amministrazione di cui è investito. Tali sono i debiti immobiliari e quelli puramente naturali. Infatti, il pagamento dei debiti immobiliari implicherebbe l'alienazione d'immobili. E, quanto alle obbligazioni personali, non potrebbe nemmeno permettersi al mandatario di adempirle senza un'espressa facoltà, essendo quelle troppo intimamente legate ai sentimenti personali di colui che ne è gravato. Anzi possiam dire che in questo caso il mandato debba avere una certa specialità, non bastando, per quanto possa essere espresso, un mandato generico di *pagare i debiti del mandante.*

VIII. — 921. 3° *Conservazione e col-*

(1) Pothier (n. 158).

(2) *Vedi* Demolombe (t. IV, n. 157); Ernesto Dubois (*op. cit.*, p. 203-205).

* Giudicato dalla Corte di Palermo, potersi nelle mani del procuratore validamente rilasciare sequestro, « attesochè, sebbene il mandatario rappresenti la persona del mandante nello esercizio di quelle facoltà che gli sono state affidate, è vero però che avendo egli per conto di quest'ultimo esatto delle somme, addiviene di costui debitore, e come tale ben gli si possa, come a qualunque altro terzo, rilasciar dei sequestri. » (Corte di Palermo, 14 settembre 1850).

(3) *Sic* Aubry e Rau (3ª ediz., t. VI, p. 319).

tivazione dei beni del mandante. Il mandato concepito in termini generali comprende per principio la facoltà di fare tutte le convenzioni necessarie per la coltura e la manutenzione dei beni del mandante, obbligando quest' ultimo, ed anche i suoi beni immobiliari, in forza del principio «*chi si obbliga. obbliga il suo.*» (Art. 2092 (1962)). Ciò senza dubbio implica una alienazione indiretta, e in certo modo una disposizione. Ma non bisogna applicare a questa specie di alienazione il secondo paragrafo del nostro art. 1988 (1860); altrimenti diventerebbero illusori i poteri del mandatario amministratore. L' articolo riguarda unicamente gli atti diretti di alienazione e di disposizione. Il mandatario però può validamente ed utilmente contrarre obbligazioni capaci di vincolare il mandante, e quindi obbligarlo sui suoi beni, purchè agisca entro i limiti e pei bisogni della sua amministrazione.

922. Ciò posto, il mandatario amministratore potrà validamente fare appalti con operai per le costruzioni necessarie alla manutenzione e alla conservazione dei beni del mandante. Se coltiva da sè medesimo, può acquistare il letame, e in generale tutto ciò che abbisogni per la coltura.

923. Se fa coltivare da un altro, può consentire gli affitti di una durata ordinaria, cioè di tre, sei e nove anni, prendendo per regola il termine dalla legge medesima fissato al marito, al tutore, all'usufruttuario (*Cod. Nap.*, art. 1429, 1430, 1718, 595 (1400, 1401, 1564, 520)). Con ciò non intendiamo già dire, che qualunque affitto consentito dal mandatario amministratore per un tempo maggiore di nove anni debba per ciò solo essere dichiarato nullo. In ogni caso bisogna regolarsi secondo le circostanze. Nell'antico dritto, prevedevasi il caso in cui si desse in affitto un terreno incolto per dissodarlo e piantarlo a vigneto; allora, poichè il periodo di nove anni non era sufficiente a indennizzare lo affittaiuolo delle anticipazioni che dovea fare nei primi anni, senza nulla percepire, ritenevasi che il procuratore *omnium bonorum* non eccedeva i limiti della sua amministrazione, consentendo lo affitto per una durata due o tre volte più lunga (1). Non sarebbe nemmeno di bisogno dire che una tal soluzione debba anche oggi applicarsi: i tribunali in tal caso, e in altri simili, non esiteranno un momento a dichiarar validi gli affitti consentiti dal mandatario amministratore per un tempo eccedente la durata ordinaria.

914. La Corte di cassazione ha *anzi* giudicato, in un altro ordine di idee, che il mandatario incaricato di amministrare gli affari del mandante possa validamente consentire un affitto dei beni di una *eredità* a quest'ultimo pervenuta dopo il *mandato*, ed anche prima che fosse *stata accettata* dal mandante (2). Sebbene in principio il mandatario amministratore non abbia qualità per accettare una successione *pervenuta* al mandante (*infra*, n. 932), pure la decisione si giustifica in quanto che lo affitto può essere considerato come un *atto* di provvisoria amministrazione nel senso dello art. 779 (696) del Codice Napoleone. Ma non bisogna obbliare, come giustamente osservano Aubry e Rau, che gli affitti non sono atti di amministrazione se non avuto riguardo alle circostanze particolari in cui siano fatti, e che il successore, per agire con prudenza e non esporsi ad essere dichiarato erede, deve fare le sue proteste nel consentire gli affitti, o farsi autorizzare dalla giustizia (3). Il mandatario dunque, tenendo conto della condizione del mandante, dovrà prendere le medesime precauzioni, per non esporsi al rimprovero di avere ecceduto i limiti del suo mandato.

925. Il mandatario può prendere danaro a prestito, quando ciò sia richiesto pei bisogni della sua amministrazione. In moltissimi casi, come ben si comprende, l'am-

(1) Pothier (n. 148).—*Vedi* pure Troplong (n. 280).

(2) Ric., 8 agosto 1821 (S.V., 22, 1, 111; *Coll. nov.*, 7, 1, 485; Dalloz, 21, 1, 569; *Racc. alf.*, 9, 960).

(3) Aubry e Rau (3ª ediz., t.V, p. 146, nota 23).

ministrazione sarebbe impossibile se fosse assolutamente vietato all'amministratore di prendere danaro a prestanza. Però il mandatario dovrà ricorrere a questo mezzo con grandissima riserva, e quando vi sia costretto dalla necessità. A tal proposito non si può stabilire alcuna regola precisa per fissare in tal caso la latitudine del mandatario amministratore: tutto allora dipende dalle circostanze, secondo le quali infatti sonosi i tribunali costantemente determinati (1). Aggiungiamo nondimeno, che in nessun caso potrà il mandatario conferire ipoteca sui beni del mandante per sicurezza dei prestiti in nome di quest' ultimo contratti. Pothier era di contrario avviso intorno a questo punto, ritenendo doversi lasciare al mandatario la facoltà di conferire ipoteca, quando ciò sia richiesto dai bisogni dell'amministrazione (2). Ma egli non era legato da un testo preciso e positivo come quello del nostro art. 1988 (1860); e per altro dovea naturalmente essere indotto ad opinare in quel modo, perchè ai suoi tempi l'obbligazione contratta in forza di un atto notarile produceva per sè stessa la ipoteca, senza bisogno di essere espressamente costituita, come è oggi voluto dagli art. 2127 (2013) e seguenti del Codice Napoleone.

926. Parimente, il mandatario non potrà mai obbligare il mandante con biglietti estranei all'amministrazione confidatagli (3); che anzi, nelle obbligazioni che può contrattare, deve scegliere la forma meno onerosa pel mandante. Quindi, sebbene come incaricato di pagare i debiti del mandante possa sottoscrivere obbligazioni, non potrà però accettare lettere di cambio, sottoponendo così il suo costituente allo arresto personale (4).

VIII. — 927. 4° *Alienazioni*. Secondo l'ultimo paragrafo del nostro articolo 1988 (1860), il mandato debbe essere espresso *quando si tratti di alienare*; nondimeno bisogna riconoscere che anche il mandato concepito in termini generali può, entro certi limiti, implicare la facoltà di alienare. A tal rispetto, avviene delle alienazioni come delle obbligazioni, le quali rientrano nei poteri del mandatario amministratore, in quanto che in realtà costituiscano atti di amministrazione. In conseguenza di ciò sorge manifesto, che se il mandatario amministratore non può mai alienare gli immobili, potrà bensì fare talune vendite, di cose mobili, come sono i ricolti, lo accrescimento degli animali, e generalmente tutte le cose destinate ad essere vendute.

928. Pei mobili incorporali, non può dirsi in principio che la facoltà di alienarli o cederli sia compresa nel mandato concepito in termini generali. La Corte di Bruxelles ha giustamente giudicato in questo senso, che la gira di un biglietto ad ordine non è per sua natura un atto di amministrazione, e che quindi la moglie procuratrice generale del marito non ha facoltà di trasferire con una gira un biglietto ad ordine appartenente al marito (5). Nondimeno non potrebbe dirsi che al mandatario amministratore sia sempre ed assolutamente vietato di alienare o cedere i mobili incorporali. Ciò è stato dalla medesima Corte riconosciuto, giudicando che la moglie, mandataria del marito, possa validamente trasferire ad un terzo, in forza della procura, la proprietà di biglietti commerciali appartenenti al marito, *purchè il trasporto sia fatto per soddisfare un debito di questo ultimo* (6). Infatti, in questo caso la cessione non eccede i limiti di una semplice

(1) *Vedi* Bordeaux, 9 febb. 1829; Ric., 15 febbraro 1830; Rig., 12 nov. 1834; Ric., 28 giugno 1836 (S.V., 30, 2, 68; 30, 1, 235; 35, 1, 762; 36, 1, 448; Dalloz, 29, 2, 294; 30, 1, 127; 35, 1, 23; 38, 1, 62).

(2) Pothier (n. 160).

(3) Bordeaux, 22 piovoso anno 9 (S.V., 1, 2, 699; *Coll. nov.*, 1, 2, 16; Dalloz, 2, 679; *Racc. alf.*, 9, 961).

(4) Aix, 10 giugno 1833 (S. V., 33, 2, 643; Dalloz, 34, 2, 34).

(5) Bruxelles, 13 febb. 1809 (S.V., 10, 2, 531; *Coll. nov.*, 3, 2, 23; Dalloz, 9, 2, 173; *Racc. alf.*, 2, 402).

(6) Bruxelles, 21 dic. 1809 (S.V., 2, 2, 988; *Coll. nov.*, 3, 2, 165; Dalloz, 10, 2, 71; *Racc. alf.*, 10, 130).

amministrazione; perciocchè, come sappiamo, il mandatario amministratore può pagare i debiti del mandante (*sopra*, numeri 918 e seg.).

929. Rammentiamo qui che il mandato concepito in termini generali comprende la facoltà di consentire il riscatto di una rendita dovuta al mandante, sebbene questo riscatto costituisca una alienazione (*sopra*, n. 912).

930. L'alienazione a titolo gratuito (donazione, rimessione di debito) non può per sua natura comprendersi tra gli atti di amministrazione. Tuttavia, il mandatario potrebbe fare talune modiche donazioni, come regali d'uso, gratificazioni. Con più buona ragione potrebbe consentire la rimessione di un debito risultante da un concordato.

IX. — 931. 5° *Conservazione dei dritti del mandante.* Poichè il mandato concepito in termini generali implica la facoltà d'intendere alla conservazione dei beni del mandante, ne segue che il mandatario amministratore potrà figurare nelle azioni possessorie, sia da attore, sia da convenuto; fare gli atti interrompenti la prescrizione, e procedere allo inventario dei beni di una eredità aperta in favore del mandante.

932. Egli però non potrebbe accettare le successioni pervenute al mandante. Secondo Pothier, quando un mandatario investito di una procura generale, dava al suo mandante la qualità di erede in qualche atto relativo ad una successione pervenutagli, o si immetteva in possesso e disponeva dei beni di questa successione, in nome e ad insaputa del mandante, questi poteva disapprovare la sua condotta e rinunciare la eredità (1). Lo stesso deve anche oggi dirsi; poichè evidentemente non puossi, tra le facoltà del mandatario amministratore, comprendere quella di accettare, fosse pure col beneficio dell'inventario, una eredità pervenuta al suo mandante.

933. Ma potrebbe forse rinunciarla? A tal rispetto Pothier era meno assoluto. Se il mandante, egli dice, non sia così lontano da non poterlo informare dei procedimenti contro di lui diretti, il suo procuratore deve avvertirlo ed aspettare i suoi ordini; e allora quindi non potrebbe, senza una procura speciale, rinunciare la eredità in nome del mandante. Ma se questi trovisi in viaggio per lontani paesi, tanto da non potergli si dar notizia delle procedure, dovrà in tal caso ritenersi il procuratore come se abbia ricevuto la facoltà di rinunciare la eredità, onde così evitare le condanne che potrebbero essere pronunciate contro il mandante, per non aver presa qualità (2).—Questo temperamento è certo conforme all'equità; ma nondimeno, atteso il testo del nostro articolo 1988 (1860), dubitiamo se, anche in quest'ultimo caso, possa opporsi al mandante la rinuncia del mandatario amministratore, mentre in nessuna ipotesi la rinuncia ad una eredità può considerarsi come compresa negli atti di amministrazione.

934. Ecco infine un *ultimo punto*, in cui la decisione di Pothier non può nemmeno seguirsi in modo assoluto. Secondo lui, il procuratore *omnium bonorum*, in forza della sua procura generale, avrebbe dritto di accettare le donazioni fatte al mandante, di ricevere il rilascio dei legati particolari o universali, o di chiederne giudiziariamente il pagamento in nome del mandante (3). Or ciò non potrebbe oggi ammettersi se non se pei legati particolari, di cui il mandatario amministratore può senza alcun dubbio domandare o ricevere il rilascio.

Ma per ciò che riguarda le donazioni, l'art. 933 (857) del Codice Napoleone non ha esattamente riprodotto la disposizione dell'ordinanza del 1731, secondo cui le donazioni doveano essere accettate dal donatario, o dal suo procuratore *generale* o *speciale* (art. 5): il nostro Codice vuole, se non una procura autentica speciale di accettare *la tale* donazione, almeno una procura generale di accettare *le donazioni*.

(1) Pothier (n. 162).
(2) Pothier (n. 163).
(3) Pothier (n. 161).

e per conseguenza una procura *espressa* nel senso del nostro art. 1988 (1860); sicchè la facoltà di accettare non può per nulla ritenersi compresa nella procura *concepita in termini generali*.

Laonde, quanto ai legati universali o a titolo universale, non è punto dubbio che il mandatario amministratore non abbia facoltà di accettarli, se si ammetta la opinione secondo cui i legatari universali e a titolo universale sarebbero tenuti *ultra vires* pei debiti della successione: in tal caso si dovrebbe negare al mandatario amministratore la facoltà di accettare per la medesima ragione per cui gli si nega nel caso di una successione pervenuta al mandante (*sopra*, n. 932). Pothier opina diversamente, appunto perchè, secondo lui, i legatari universali sarebbero tenuti pei debiti ereditari fino alla concorrenza soltanto dei beni legati, ed avrebbero sempre il dritto di liberarsene, abbandonando i beni e rendendone conto (1). Ma, anche in questo sistema, sarebbe sempre dubbio se il mandatario amministratore possa o no accettare i legati universali e a titolo universale: da una mano infatti, per la negativa, si trarrebbe argomento dalle regole secondo cui l'accettazione di una eredità, anche col beneficio dello inventario, sarebbe vietata al mandatario amministratore; dall'altra, per l'affermativa, potrebbero allegarsi le regole secondo cui egli può accettare un legato particolare.

X. — 935. Ciò detto sulla estensione del mandato concepito in termini generali, dovremmo ora occuparci del mandato espresso e delle regole di interpretazione che vi si riferiscono. Ma poichè nel seguente articolo contiensi appunto un esempio di interpretazione, convien dunque riunire ad esso le osservazioni intorno a questo punto.

1989 (1861). — Il mandatario non può fare cosa alcuna, oltre ciò che è contenuto nel suo mandato: la facoltà di transigere non comprende quella di compromettere.

SOMMARIO.

I. 936. La regola che il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato è comune a qualunque specie di mandato: quindi bisogna differirne lo sviluppo al seguente capitolo. Passaggio alle regole d'interpretazione del mandato espresso.

II. 937. Difficoltà di formulare una regola precisa per la interpretazione del mandato espresso. Regole generali. — 938. Bisogna tenere per norma l'esempio di interpretazione contenuto nella seconda parte dello art. 1989 (1861). — 939. Divisione.

III. 940. 1° Mandato espresso ad oggetto di riscuotere i crediti del mandante: *la interpretazione deve farsi conforme ai principî sul mandato concepito in termini generali, salvo talune distinzioni. — 941. Del mandato dato sotto forma di cessione del credito: ciò non muta per nulla le relazioni delle parti tra di loro; ma rispetto ai terzi, la cessione trasforma il mandatario in proprietario. Conseguenze. — 942. Continuazione.*

IV. 943. 2° Mandato espresso ad oggetto di pagare i debiti del mandante: *secondo i casi, implica la facoltà di prendere danaro ad imprestito onde eseguire l'oggetto del mandato. Rimando.*

V. 944. 3° Mandato espresso ad oggetto di stipulare convenzioni coi terzi: *non comprende la facoltà, dopo stipulata la convenzione, di fare anche gli atti che ne siano la natural conseguenza. — 945. Il mandato espresso ad oggetto di locare autorizza solo il mandatario a conchiudere lo affitto per la durata ordinaria, tranne che non apparisca che il mandante abbia voluto permettergli di conchiuderlo per un tempo più lungo. — 946. Il mandato ad oggetto di prendere danaro ad imprestito obbliga il mandatario ad eseguirlo secondo le condizioni e i termini stabiliti nel mandato; — 947. E ad uniformarsi alla legge o agli usi*

(1) Pothier (n. 162).

per le condizioni accessorie, interessi o dritti di commissione.—948. Implica la facoltà di fare tutti gli atti virtualmente compresi nella procura, sebbene non vi siano letteralmente indicati.

VI. 949. 4° Mandato espresso ad oggetto di consentire atti di alienazione o altri atti di dominio: *comprende unicamente l' atto indicato, senza estendersi ad alcùn altro, quantunque meno grave. —950. Applicazioni: il mandato di vendere gli immobili non racchiude, per principio, quello di ipotecare.— 951. Racchiude forse quello di riceverne il prezzo? Distinzioni.—952. Continuazione. — 953. Il mandato di costituire una dote implica la facoltà di consentire ipoteca per sicurezza della dote costituita.—954. Del mandato espresso ad oggetto di ipotecare: non dà al mandatario altra facoltà se non di consentire le garenzie ipotecarie che ha per oggetto: applicazioni. — 955. La facoltà di transigere non comprende quella di compromettere; quand'anche il mandatario sia autorizzato a transigere per mezzo di arbitri; — 956. Nè quella di prorogare un precedente compromesso. — 957. Della facoltà di transigere sopra procedure. — 958. Quando sia inserita in un mandato concepito in termini generali, e per conseguenza abbia unicamente per oggetto l'amministrazione dei beni del mandante, non autorizza il mandatario a fare alcun atto di dominio.*

I. — 936. Delle due distinte proposizioni di cui si compone il nostro art. 1989 (1861), noi qui dobbiamo unicamente esaminare la seconda. La prima, colla quale si stabilisce che il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato, è una regola comune a qualunque specie di mandato, e forma per così dire il tipo secondo cui si determina l'obbligazione del mandatario di eseguire il mandato. Noi dunque ne differiamo lo sviluppo al capitolo seguente, e specialmente all' art. 1991 (1863) (*infra*, nn. 978 e seg.); restringendoci per ora a commentare la seconda disposizione, e a determinare in conseguenza, come facemmo pel mandato concepito in termini generali, l'oggetto e la misura delle facoltà conferite al mandatario col mandato espresso.

II. — 937. A tal proposito sorge la medesima quistione che pel mandato concepito in termini generali; ma in questo caso è molto più difficile dedurre *a priori* una soluzione. Quanto a quest'ultima specie di mandato, potrebbe come regola certa stabilirsi che il mandatario nulla debba fare oltre agli atti di amministrazione. Ma non può dirsi lo stesso pel mandato espresso. Infatti, potendo il contenuto di questo mandato variare all'infinito secondo i termini di ogni procura, non è possibile formulare una regola assoluta. Diremo tuttavia, a *modo di* osservazione generale, che sarebbe impossibile pretendere che il mandatario si limiti alla esecuzione letterale e giudaica degli atti espressamente indicati *nella procura*: bisogna lasciargli il *dritto di fare tutto* ciò che vi si comprenda virtualmente senz'esservi letteralmente espresso. Tutta la difficoltà consiste nel non abusare, nella interpretazione, dei termini della procura, lasciando però al mandatario la possibilità di soddisfare alle necessità dello affare o della operazione che sono oggetto del mandato.

938. Per altro, l'art. 1989 (1861) ci dà un esempio di interpretazione quando dice che la facoltà di transigere non comprende quella di compromettere. E questo esempio dovrà servirci di guida per risolvere le difficoltà che possono elevarsi onde conoscere se il tale o tal altro atto sia o no virtualmente compreso nel tale o tal altro mandato: esaminiamo frattanto i numerosi monumenti della giurisprudenza intorno a questo punto.

939. In ciò seguiremo lo stesso ordine seguito nel precedente articolo per determinare le facoltà del mandatario amministratore. Laonde parleremo successivamente del mandato espresso per ciò che riguarda: 1° la riscossione dei crediti del mandan-

te; 2° il pagamento dei suoi debiti; 3° le convenzioni da stipularsi coi terzi ; 4° gli atti di alienazione.

III. — 940. 1° *Mandato espresso ad oggetto di riscuotere i crediti del mandante.* A tal rispetto possiamo riferircene ai principî sopra esposti in occasione degli atti della medesima natura compresi nel mandato concepito in termini generali (numeri 911-917). Nondimeno non bisogna ciò fare che con qualche riserva, e salvo talune distinzioni.—Così, il mandato espresso di riscuotere comprende la facoltà di fare gli atti necessarî per la piena liberazione di coloro che pagano, per esempio di consentire la cancellazione di una iscrizione ipotecaria. Ma il mandato di esigere i frutti non implica la facoltà di riscuotere il capitale, come quello di esigere le annualità di una rendita non autorizza il mandatario a ricevere il prezzo del riscatto (1).

Con più buona ragione, il mandato di riscuotere un credito non implica, in generale, la facoltà di fare sequestri o spingere azioni contro i debitori. E se il mandatario abbia avuto lo incarico di espropriare il debitore, non potrà dirsi che il suo mandato gli conferisca di pieno dritto la facoltà di rendersi aggiudicatario dello immobile espropriato per conto del mandante (2). Certamente, il mandatario potrà e dovrà, giusta l'art. 690 del Codice di procedura (773 leggi *proc. civ.* modificato coll'art. 37 legge *esprop. forz.*), presentare una offerta di prezzo per lo immobile; ma egli non avrà per questo il dritto di rendersene aggiudicatario in nome del mandante, nè potrà esser tale dichiarato se non nei termini dell'articolo 706 (792), cioè quando non vi siano offerte sul prezzo da lui indicato come agente in nome del mandante. — In quest'ordine d'idee, è stato anche giudicato che il mandato dato dal venditore di più immobili di regolare il pagamento del prezzo con tutti gli aggiudicatarî non implica la facoltà di accettare una dichiarazione di comando fatta ad insaputa e senza il consenso del venditore (3).

941. Il mandato di riscuotere un credito non autorizza il mandatario a cederlo, e molto meno a rimetterlo in tutto o in parte, o a transigere sulle difficoltà messe in campo dal debitore. — Ciò deve dirsi anche quando il mandato sia stato conferito al mandatario sotto forma di cessione del credito. Per regola generale, la forma del mandato non fa per nulla mutare le relazioni delle parti tra di loro, ed il mandatario che non vuole eccedere i suoi poteri non dovrà, come quando ha ricevuto un mandato diretto, cedere da sè stesso il credito, rimetterlo, rinunciarvi o transigere. Ma rispetto ai terzi, la forma della cessione produce una modificazione essenziale, trasformando il mandatario in un vero proprietario. Il mandatario diventa allora quel che si dice un prestanome; dal che segue che lo eccesso nel mandato sarà una quistione a risolversi tra lui e il mandante; ma verso i terzi, l'atto da lui consentito, cessione, rimessione o transazione, dovrà avere il suo pieno effetto (4). Ritorneremo più innanzi sulla differenza esistente tra prestanome e mandatario (*infra*, nn. 1078 e seguenti); per ora basti averla accennata.

942. E v'ha dippiù : il mandato di riscuotere un credito dato sotto forma di cessione, può anche, *secondo le circostanze*, considerarsi, tra mandante e mandatario, come se attribuisca a quest'ultimo la facoltà illimitata di fare tutti gli atti di un vero proprietario del credito. Così è stato giudicato dalla Corte di Bordeaux (5).

IV. — 943. 2° *Mandato espresso ad oggetto di pagare i debiti del mandante.* Anche qui la interpretazione deve farsi con-

(1) Rig., 5 termidoro anno 9 (S. V., 1, 2, 485; *Coll. nov.*, 1, 1. 501; Dalloz, *Racc. alf.*, 6, 372).

(2) Ric., 1 aprile 1839; (S.V., 39, 1, 379; Dalloz. 39, 1, 472).

(3) Orléans, 2 febb. 1849 (S.V., 49, 2, 588; J.P., 1849, 1, 313).

(4) *Vedi* Bordeaux, 25 luglio 1826 (S.V., 27, 2, 41 ; *Coll. nov.*, 8, 2, 268 ; Dalloz. 27, 2, 43).

(5) *Vedi* la decisione citata nella precedente nota.

all'ufficiale pubblico che ha proceduto alla vendita (1). Ed infine, se il mandato abbia per oggetto la vendita di un immobile determinato, vi si comprenderà naturalmente la facoltà di ratificare una vendita anteriore del medesimo immobile (2).

953. Il mandato espresso di costituire una dote implica la facoltà di consentire ipoteca sui beni del mandante per sicurezza della dote costituita. Su ciò fu fatta quistione innanzi alla Corte di Parigi, in una specie in cui un padre avea data facoltà al suo procuratore di prestare, in suo nome, il consenso al matrimonio della sua figlia minore, di assisterla ed autorizzarla al contratto di matrimonio, e di regolarne le clausole e condizioni civili. Essendosi dal mandante impugnata, fondandosi sull'art. 1988 (1860) § 2, la costituzione di ipoteca consentita dal mandatario per sicurezza della dote costituita, il tribunale di prima istanza, e quindi la Corte imperiale adottandone puramente e semplicemente i motivi, giudicarono, e ben a ragione, che il mandatario, regolando col futuro sposo il valore della dote ed il modo di garenzia che ne è l'accessorio naturale, non avea per nulla ecceduto i limiti del suo mandato; — che sebbene l'art. 1988 (1860) richiegga un mandato espresso per alienare o ipotecare in nome del committente, ciò riguarda il caso in cui il mandato sia concepito in termini generali e non comprenda se non gli atti di amministrazione, e non già il caso in cui, come nella specie, la costituzione della ipoteca *sia uno dei mezzi essenziali per eseguire l'oggetto medesimo del mandato* e le condizioni relative alla dote (3).

954. Nondimeno, il mandato dato appositamente per costituire ipoteca, che secondo l'art. 1988 (1860) deve essere espresso, abilita unicamente il mandatario a consentire le garenzie ipotecarie che ha per oggetto. Questi dunque non poteva conferire al creditore ipotecario il dritto di far vendere l' immobile senza formalità giudiziarie (4), quando la clausola della esecuzione parata poteva inscrirsi negli atti di obbligazione. Nondimeno è stato giudicato dalla Corte di Riom, che se ad un tal mandato sia congiunto quello di prendere danaro in prestito, possa il mandatario estinguere antichi debiti chirografari e convertirli in obbligazioni autentiche con ipoteca (5): però nella specie concorreva questa circostanza speciale, che le somme che il mandatario dovea prendere in prestito doveano appunto servire per estinguere i debiti chirografari del mandante; diguisachè, convertendo questi medesimi debiti in obbligazioni a termine con ipoteca, il mandatario conseguiva l'oggetto del mandato, in un modo anche più semplice. Ciò spiega quella decisione; però, in tesi generale, il mandatario eccederebbe certamente i suoi poteri, se, invece di prendere in prestito *mediante ipoteca*, ossia invece *di procurare delle somme* al mandante consentendo *ipoteca in favore* dei mutuanti, disponesse di queste garenzie in favore di antichi creditori.

955. Il mandato di transigere deve pure indicare il suo oggetto preciso. Esso non comprende, come dice il nostro articolo dando un esempio di interpretazione del mandato espresso, la facoltà di compromettere. Ed infatti, se il mandante confida nel suo mandatario per fare una transazione, non intende per ciò rimettersene ad arbitri che non conosce, e i quali, in forza del compromesso, avrebbero dritto di risolvere colla loro sentenza la lite che egli ha voluto unicamente transigere.

Del resto, la regola stabilita dal nostro articolo dovrà applicarsi, quand' anche il mandatario abbia ricevuto la facoltà di transigere per mezzo di arbitri. Invero, quando

(1) Parigi, 21 aprile 1806 (S.V., 6, 2, 473; Dalloz, *Racc. alf.*, 10, 433).

(2) Ric., 17 marzo 1840 (S. V., 40, 1, 197; Dalloz. 40, 1. 159).

(3) Parigi, 17 marzo 1827 (S.V., 30, 2, 17; *Coll. nov.*, 8, 2, 346; Dalloz, 29, 2, 290).

(4) Bordeaux, 21 dic. 1832 (S. V., 33, 2, 205; Dalloz, 33, 2, 152).

(5) Riom, 10 marzo 1818 (S. V., *Coll. nov.* 5, 2, 364; J.P., alla sua data).

il mandante permette la mediazione di arbitri, potrebbesi supporre che abbia avuto di mira qualche cosa dippiù di una transazione pura e semplice. Ma la Corte di Aix, innanzi a cui fu proposta tal quistione, giudicò, ed a ragione secondo noi, che il mandatario, per principio, non può compromettere nello interesse del mandante, se non ne abbia la facoltà speciale ed espressa: che questa facoltà, ai termini dell'art. 1989 (1861), non può comprendersi nel mandato di transigere; e che l'autorizzazione data al mandatario di transigere, anche per mezzo di arbitri, non modifica punto la regola, avvegnachè la transazione per mezzo di arbitri sia sempre una transazione, la quale può non essere per nulla diffinitiva, essendo libere le parti di rifiutare la mediazione non accettandone le basi, mentre alla sentenza degli arbitri, pronunciata dopo il compromesso, dovrebbero le parti uniformarsi, perchè inappellabile (1).

936. Siccome il mandatario incaricato di transigere non può compromettere, così non può neanche prorogare un compromesso (2). Infatti, prorogare un compromesso, importa compromettere di nuovo, o almeno rinnovare l'atto; ma se il mandatario non ha qualità per consentirlo, non può avere nemmeno il dritto di rinnovarlo.

937. Il mandato di transigere sopra procedimenti non implica la facoltà di transigere sul merito della lite (3). Ma, quando vi sia aggiunto il mandato di desistere, comprende anche la facoltà di rinunciare ad una eccezione di procedura, e quindi di ratificare la rinuncia fatta da un altro mandatario eccedendo i suoi poteri (4).— Un tal mandato comprende pure la facoltà di fare confessioni o ricognizioni (5). La Corte di cassazione ha anzi giudicato, che le confessioni del mandatario incaricato di transigere possano opporsi al mandante, sebbene fatte in un semplice progetto di transazione, quando questa, progettata con un comune, non abbia avuto effetto per mancanza di approvazione dell'autorità superiore (6).

938. Aggiungiamo da ultimo, che se un mandante abbia incaricato il mandatario della sola amministrazione dei suoi beni, in breve, se trattisi del mandato concepito in termini generali preveduto dal primo paragrafo dell'art. 1988 (1860), la facoltà espressa inseritavi di transigere e compromettere non darebbe al mandatario il dritto di fare un atto di proprietà in nome del mandante. In tal caso, la facoltà del mandatario devesi intendere secondo lo spirito con cui fu concepita la procura. Così è stato giudicato dalla Corte di Rouen in una specie in cui un proprietario, essendo stato costretto, perchè divenuto cieco, di confidare a un vicino l'amministrazione dei suoi beni, gli avea dato una procura generale, contenente i poteri più estesi per amministrare, *non che per transigere e compromettere*. Essendosi mossa una quistione tra il comune e il mandante a causa di un passaggio che quest'ultimo esercitava in una piazza con animali ed aratri, il mandatario si credette in dritto di fare colla comune un atto, mercè cui dichiarava, in nome del mandante, che quel passaggio erasi esercitato per semplice tolleranza, e rinunciava per sempre ad opporre il possesso e la prescrizione. Ma con ciò il mandatario eccedeva manifestamente i suoi poteri, e la Corte di Rouen ben a ragione decise che, per quanto siano generali i termini di una procura che abbia unicamente per oggetto l'amministrazione dei beni del mandante, non potranno mai, sebbene comprendano la facoltà di compro-

(1) Aix, 6 maggio 1812 (S.V., 13, 2, 205; *Coll. nov.*, 4, 2, 109; Dalloz, *Racc. alf.*, 1, 617).
(2) Cass., 18 agosto 1819 (S.V., 20, 1, 73; *Coll. nov.*, 6, 1, 117; Dalloz, 19, 1, 586; *Racc. alf.*, 1, 620).
(3) Bruxelles, 16 maggio 1811 (S.V., *Coll. nov.*, 3, 2, 497).—*Vedi* pure Ric., 19 febb. 1834 (S.V., 34, 1, 748; Dalloz, 34, 1, 129).
(4) Ric., 26 marzo 1834 (S.V., 34, 1, 760; Dalloz, 34, 1, 230).
(5) Douai, 13 maggio 1836 (S. V., 36, 2, 450; Dalloz, 37, 2, 81).
(6) Rig., 15 giugno 1847 (S. V., 48, 1, 363).

mettere e transigere, abilitare il mandatario ad abbandonare un dritto reale appartenente al mandante (1).

1990 (1862). — Le donne ed i minori emancipati possono essere scelti per mandatari: ma il mandante non ha azione contra il mandatario minore, se non giusta le regole generali relative alle obbligazioni dei minori; e contra la donna maritata che abbia accettato il mandato senza l'autorità del marito, se non a tenore delle regole stabilite nel titolo *Del Contratto di matrimonio e dei Diritti rispettivi de' coniugi*.

SOMMARIO.

I. 959. Della capacità in materia di mandato. Sguardo generale: la capacità in materia di mandato, per principio, è governata dalle regole del dritto comune, e, solo per alcuni punti, da regole speciali.

II. 960. Della capacità necessaria per conferire un mandato. Essa è del tutto soggetta alle regole generali sulla capacità. — 961. Adunque, in persona del mandante, la capacità è determinata secondo la natura dello affare che forma oggetto del mandato: conseguenze. — 962. Quando il mandato è nullo fin da principio per incapacità del mandante, la buona fede del mandatario o dei terzi non basta per assicurarne gli effetti.

III. — 963. Della capacità richiesta nella persona di colui che accetta un mandato. — 964. In tesi generale, la capacità non è necessaria in persona del mandatario; — 965. E può scegliersi per mandatario non solo una donna maritata o un minore emancipato, come dice il nostro articolo, ma anche un minore non emancipato ed un interdetto. — 966. Questa proposizione non è esatta se non nelle relazioni tra mandante e mandatario: rispetto a loro debbonsi seguire le regole del dritto comune intorno alla capacità delle persone; conseguenze. — 967. Nelle relazioni tra il mandante e i terzi, la capacità del mandatario è assolutamente indifferente. — 968. Secus quando il mandatario parli in suo nome, specialmente nella commissione.

I. — 959. Parlando più sopra delle condizioni essenziali necessarie alla esistenza e alla validità del contratto di mandato, riservammo tutto ciò che si riferisce alla capacità (*sopra*, n. 822). Noi vi torniamo ora a proposito del nostro art. 1990 (1862), la cui disposizione riferiscesi esclusivamente a questo punto.

Nel contratto di mandato, come già indicammo, le condizioni di capacità sono per principio determinate secondo le regole del dritto comune, e, solo per alcuni punti, secondo regole speciali. Di ciò dobbiamo ora occuparci, parlando successivamente del mandante e del mandatario.

II. — 960. La capacità necessaria per conferire un mandato è del tutto soggetta alle regole generali sulla capacità. L'articolo 1990 (1862) lo suppone senza dirlo, poichè parla unicamente della capacità richiesta per accettare un mandato. Ma lo suppone necessariamente, come appare manifesto dalle discussioni che prepararono la legge. « Poichè questo contratto, diceva il tribuno Tarrible, ha unicamente per oggetto di conferire al mandatario il maneggio di un affare che interessa esclusivamente il committente, è chiaro che

(1) Rouen, 26 genn. 1853 (Dalloz, 51, 2, 36; S.V., 53, 2, 663; J.P., 1853, 2, 215). — *Vedi* pure Ric., 1° aprile 1831 (Dalloz, 31, 1, 191; S.V., 31, 1, 791).

colui il quale voglia confidarne ad un altro la esecuzione, debba avere la capacità di trattarlo da sè medesimo... Laonde gli autori del progetto di legge nulla hanno detto relativamente alle persone che possano conferire il mandato, perchè sarebbe stato superfluo annunziare un principio che deriva dalla natura stessa del contratto (1)...» È certo adunque che il mandato non può esser valido se colui che lo conferisca non sia capace di obbligarsi, o piuttosto di fare da sè stesso l'atto per cui incarica il mandatario. Così, suppongasi che un minore, un interdetto, o una donna maritata non autorizzata diano il mandato di fare un atto qualunque di dominio; la loro incapacità in tal caso farebbe sì che eglino non sarebbero obbligati, nè verso i terzi che avrebbero trattato col mandatario, nè verso costui, il quale non potrebbe nemmeno reclamare le spese da lui fatte per la esecuzione del mandato. Infine, contro il mandante incapace non potrebbe dirigersi alcuna azione, meno tuttavia quella *de in rem verso*, quando abbia ricavato un profitto dalla esecuzione, e fino alla concorrenza di questo profitto: il che per altro è anche un'applicazione dei principî generali.

961. Da quanto abbiam detto si scorge, che anche le persone che non abbiano una piena ed intera capacità possano, entro i limiti della loro ristretta capacità, conferire validamente un mandato. Ciò deve dirsi specialmente per la donna maritata, pel minore emancipato, per l'individuo soggetto ad un consulente giudiziario. Infatti, se per consentire un mandato non richiedesi altra capacità che quella necessaria per trattare direttamente l'affare di cui si incarica il mandatario, sorge manifesto che qualunque mandato conferito da tali persone dovrà necessariamente dirsi valido, se gli atti che abbia per oggetto siano di quelli che possano fare da loro medesime. Così, una moglie separata di beni potrebbe validamente fare un mandato per atti relativi alla libera amministrazione conferitale dall'art. 1449 (1413) del Codice Napoleone; un minore emancipato, per atti che non eccedano la semplice amministrazione accordatagli dall'art. 481 (404); l'individuo soggetto ad un consulente giudiziario, per tutti quegli atti che non gli sia stato vietato di fare senza l'assistenza del suo consulente, giusta l'art. 513 (436). In tutti questi casi, gli atti consentiti dal mandatario in esecuzione del mandato, obbligano il mandante come se li abbia direttamente fatto.

962. Ma se il mandato sia nullo sin dall'inizio, perchè dato da una persona incapace, la nullità non verrebbe meno per essere il mandante divenuto ulteriormente capace (2); come pure la buona fede del mandatario e dei terzi non varrebbe a rendere efficace il mandato. Gli è vero che gli art. **2008** e **2009** (**1880** e **1881**), di cui più innanzi faremo il commentario, dànno molto peso alla buona fede del mandatario. Ma ivi, come vedremo, trattasi di un mandato valido nel suo principio, di cui però ignorisi la estinzione o la revoca; nè possono quindi applicarsi alla nostra ipotesi, in cui supponiamo un mandato nullo fin dal principio. La Corte di cassazione ha dunque giustamente deciso, che il mandato dato da un fallito, *posteriormente alla sentenza che dichiarava il fallimento*, ad oggetto di disporre di una parte dell'attivo, non debba produrre alcun effetto, diguisachè il mandatario, quantunque di buona fede, sarà responsabile degli atti da lui fatti con tal qualità (3). Codesta decisione è certamente rigorosa; ma è del tutto conforme ai principî; avvegnachè non potendo il mandante conferire al mandatario dritti maggiori di quelli che ha personalmente, gli è manifesto che il fallito il quale, per

(1) Rapporto al Tribunato (Locré, t. XV, p. 238; Fenet, t. XIV, p. 594). — *Vedi* pure Amiens, 1° marzo 1839 (S. V., 40, 2, 28; Dalloz, 40, 2, 36).

(2) Dalloz cita in appoggio di questa soluzione una decisione della Corte di cassazione del 2 nevoso anno 5 (*Nov. Rep.*, alla parola *Mandato*, n. 58).

(3) Ric., 14 genn. 1862 (S.V., 62, 1, 398; Dalloz, 62, 1, 198; J.P., 1862, p. 129).

effetto del fallimento dichiarato, è assolutamente incapace di obbligarsi, non possa conferire un mandato capace di produrre una obbligazione.

Non crediamo dovere insistere più che tanto sulle regole di capacità relativamente al mandante.

III. — 963. Quanto al mandatario, la sua capacità non è necessaria per la validità ed efficacia del contratto di mandato: il nostro articolo ciò indica, dicendo che « le donne ed i minori emancipati possono essere scelti per mandatari. » Nondimeno questa proposizione non è vera che come principio generale, e nelle relazioni tra il mandante e i terzi con cui il mandatario abbia trattato: tra mandante e mandatario non è assolutamente esatta. Torniamo distintamente sopra questi vari punti.

964. E in prima, diciamo per regola generale che la capacità del mandatario non è richiesta per la validità del mandato. Il tribuno Tarrible ne ha detto la ragione decisiva nel suo rapporto al Tribunato: « Il mandatario, egli diceva, non agisce nel suo interesse, non contrae alcuna obbligazione personale, ma fa lo affare del suo committente, secondo le intenzioni espresse nel mandato; è un semplice organo del committente, il quale sarà solo obbligato verso i terzi per l'operazione in suo nome fatta, quando sia conforme al pensiero da lui manifestato. — Il committente, nella scelta del suo mandatario, non ha avuto altra regola che la sua propria confidenza. Sia che il mandato venga conferito ad un minore o ad un maggiore, ad una donna maritata o ad un uomo che abbia la pienezza dei suoi dritti civili, la persona del mandatario scompare come l'impalcatura divenuta inutile dopo la costruzione dell'edificio, e la operazione, rispetto al committente solo interessato, avrà tutta quella solidità che può avere (1). »

965. Queste osservazioni valgono per risolvere una quistione nata dal testo, in apparenza restrittivo, del nostro art. 1990 (1862). Si è chiesto infatti, se la disposizione di questo articolo debba intendersi limitatamente, nel senso che debba dichiararsi nullo il mandato se l'incapace scelto per mandatario non sia « la donna maritata o il minore emancipato, » ma per esempio un minore *non emancipato* o anche un *interdetto*. Invero questo dubbio non avrebbe dovuto farsi. La legge non ha richiesta la capacità del mandatario *come necessaria per* la esistenza e validità del mandato, appunto perchè, come disse Tarrible, il *mandatario* è un semplice organo, appunto *perchè ciò* è una logica conseguenza dell'*idea* che il mandatario obbliga il mandante direttamente verso i terzi e questi verso *il* mandante, senza obbligarsi personalmente. Or questo ragionamento vale *medesimamente per* tutti gli incapaci enumerati *nello articolo 1124* (1078) del Codice Napoleone, e quindi *pei* minori non emancipati e per gli interdetti, del pari che per la donna maritata e pel minore emancipato. Laonde questi incapaci potranno benissimo essere scelti per mandatari: il nostro articolo non li ha compreso nella sua enumerazione, non solo perchè in fatto questo caso non avverrà che assai di raro, ma anche perchè, come giustamente osservano Aubry e Rau, esso ha avuto per oggetto, « più che di enumerare le persone capaci di ricevere un mandato, determinare gli effetti della accettazione del mandato conferito ad una persona che può amministrare ma non disporre del suo patrimonio (2). »

966. Con questo intendimento fu infatti compilato il nostro articolo; e qui natural-

(1) Fenet (t. XIV, p. 593 e 596); Locrè (t. XV, p. 249).

(2) Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 462, nota 8). — *Vedi* pure Delvincourt (note, t. III, p. 239, nota 5); Duranton (t. XVIII, n. 212); Troplong n. 332); Boileux (t. VI, p. 582); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 436); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V. p. 40, nota 6); Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, t. III, n. 7906). — *Vedi* pure Rouen. 27 febb. 1855 (S. V., 56, 2. 22; Dalloz, 56, 2, 275). — *Vedi* intanto Frémiuville (*Della minore età*, t. II, n. 941 *ter*).

mente cade in acconcio parlare delle riserve sopra indicate, le quali limitano la regola secondo cui la capacità del mandatario non è richiesta per la validità ed efficacia del mandato.

Nelle relazioni tra mandante e mandatario, questa non è che una verità relativa. Certamente, il mandante che ha scelto un mandatario incapace resta vincolato tanto rispetto a costui che rispetto ai terzi coi quali questi abbia potuto trattare: poichè, per lui mandante, il mandato è perfettamente valido. Ma non così rispetto al mandatario. « Se il committente, ha detto pure il tribuno Tarrible, ha scelto un minore, una donna maritata, o qualunque altra persona che non abbia la libera facoltà di obbligarsi, egli non dovrà che rimproverare sè stesso della sua imprudenza ; ma le obbligazioni che sono a carico del mandatario saranno soggette alla nullità o alla restituzione inseparabili dalle obbligazioni contratte dalle persone di questa classe (1). » E questo pensiero volle il legislatore esprimere nel nostro articolo, dicendo che « il mandante non ha azione contro il mandatario *minore*, se non giusta le regole generali *relative alle obbligazioni dei minori*; e contro la donna maritata *che abbia accettato il mandato senza l' autorità del marito*, se non a tenore delle regole *stabilite nel titolo Del Contratto di matrimonio e dei Dritti rispettivi dei coniugi*. » In quest'ultimo punto, sarebbe stato certamente più esatto, anzichè riferirsene al titolo *Del Contratto di matrimonio*, con che si farebbe unicamente allusione alla regola secondo cui gli atti fatti dalla moglie senza il consenso del marito non obbligano punto la comunione (art. 1426 (1397) Cod. Nap.), rimandare piuttosto al titolo *Del Matrimonio*, ove sono determinate le regole generali sulla capacità della donna maritata (articoli 217 (206) e seg.). Ma, checchè ne sia, lo intendimento del legislatore non può mettersi in dubbio, sorgendo irresistibilmente dal testo che, almeno rispetto al mandatario, le obbligazioni che derivano dal mandato sono sottoposte, come dice il tribuno Tarrible, alla nullità o alla restituzione inseparabili dalle obbligazioni contratte dagli incapaci.

Così, un mandatario, sebbene incapace, potrà essere perseguito coll' azione *de in rem verso*, se abbia ritratto un vantaggio dalla esecuzione del mandato ; ed anche pei danni ed interessi, se abbia commesso delle appropriazioni : avvegnachè queste azioni abbiano il loro principio, sia nelle regole generali, secondo cui nessuno, nemmeno l'incapace, deve arricchirsi a danno altrui, sia nel fatto delittuoso di cui chiunque, capace o incapace, dev'essere responsabile. Ma contro il mandatario incapace non potranno mai dirigersi quelle azioni che in generale derivano dall'accettazione di un mandato, quelle azioni che procedono direttamente dal medesimo contratto; e, sia che non abbia affatto eseguito il mandato, o lo abbia malamente eseguito, sia che lo si voglia obbligare a rendere il conto, egli potrà sempre liberarsi dall' azione, opponendo la nullità risultante dalla sua incapacità. E appunto perciò diciamo, che nelle relazioni tra mandante e mandatario, la regola secondo cui la capacità del mandatario non è necessaria per la validità del mandato, è una verità relativa.

967. Per l'incontro, questa regola è vera assolutamente nelle relazioni tra il mandante e i terzi; e in tal caso può benissimo dirsi che la capacità del mandatario non debba tenersi in alcun conto. È questa, giovi ripeterlo, una conseguenza logica della idea che il mandatario obbliga il mandante, senza obbligarsi egli personalmente per la operazione che contrae. Ai terzi dunque non interessa per nulla se il mandatario sia o no capace di contrattare. Essi devono unicamente vedere, da una mano, se il mandante sia capace; e, dall'altra, se l'atto che fanno col mandatario ecceda o pur no

(1) Fenet (t. XIV. p. 596); Locré (t. XV, p. 249 e 250).

i poteri a quest'ultimo conferiti. Verificati questi estremi, essi potranno esser certi della validità di tuttociò che sia stato fatto in esecuzione del mandato. Se dunque facciano un pagamento nelle mani di un mandatario incaricato di riscuotere, eglino saranno pienamente liberati verso il mandante, quantunque il mandatario non avea per sè stesso la capacità di contrattare. E sia che quest'ultimo ne renda conto al mandante capace, o dissipi le somme ricevute, di ciò non dovranno darsi alcun pensiero, poichè rispetto a loro il pagamento è un fatto validamente compito, nè potranno in alcuna ipotesi essere molestati. In questo senso, ed entro tali limiti, può ben dirsi che la capacità del mandatario non sia necessaria per la efficacia del mandato.

968. Ma, si badi, noi qui supponiamo il contratto di mandato propriamente detto. Ed appunto a questo contratto, cioè al caso in cui il mandatario agisce in nome del mandante (1), devesi limitatamente applicare il principio secondo cui può scegliersi per mandatario una persona incapace di obbligarsi. Non potrà dunque applicarsi al contratto di commissione. Troplong dice al proposito, che l' art. 1990 (1862) si applichi *tanto nel dritto commerciale quanto nel dritto civile*, e rimprovera a Delamarre e le Poitvin i dubbi che sembrano avere relativamente agli affari di commercio, aggiungendo « che sarebbe singolare che una regola presa dal dritto commerciale dei Romani dovesse essere rigettata dal diritto commerciale delle nazioni moderne (2). » Invero questa osservazione ha il vizio di esser troppo generale, e forse vi si scorge la traccia della confusione da noi già indicata (*sopra*, nn. 827 e seg.). Gli è vero che il principio di cui parliamo non è necessariamente estraneo agli affari commerciali, ma che anzi dovrà applicarvisi semprechè trattisi del mandato propriamente detto, il quale, come noi sopra dicemmo (*loc. cit.*), può aver luogo non *solo negli* affari civili, ma anche in quelli *commerciali*. Ma quando trattasi unicamente di un contratto di commissione, il principio non potrà mai applicarsi, sia civile o commerciale l'affare, per la ragione perentoria che nella commissione, a *differenza del mandato*, colui che *rappresenta il* committente agisce in suo proprio nome ed obbliga sè stesso verso i terzi. È dunque indispensabile che egli abbia la capacità di obbligarsi.

CAPITOLO II.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL MANDATARIO.

SOMMARIO.

969. Divisione.

969. Le obbligazioni di cui dobbiamo ora parlare sono quelle che direttamente e necessariamente derivano dal mandato, talmente che senza di esse quello non potrebbe concepirsi. Per questo i Romani qualificavano *directa* l'azione con cui il mandante ne reclamava lo adempimento.

Queste obbligazioni che incombono al mandatario, sono le seguenti :

1° Fare tutto ciò di cui è incaricato come mandatario;

2° Non eccedere le facoltà conferitegli;

(1) *Vedi* Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 436).

(2) *Vedi* Troplong (n. 332).—*Vedi* intanto Delamarre e Lepoitvin (*Contr. di commis.*, t. I, n. 33).

3° Mettervi la diligenza di un buon padre di famiglia;

4° Infine, render conto della esecuzione del mandato.

Tutte queste obbligazioni incombono ugualmente e indistintamente sia al mandatario propriamente detto, cioè a quello che agisce in nome del mandante, sia al commessionario, cioè a quello che agisce in suo proprio nome.

Parleremo delle due prime nel commentario dell'art. 1991 (1863); della terza, sotto l'art. 1992 (1864); e della quarta sotto l'articolo seguente.

1991 (1863). — Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne resta incaricato, ed è tenuto pe' danni ed interessi che potrebbero risultare dal suo inadempimento.

È parimente tenuto a terminar l'affare che trovavasi già incominciato allorchè morì il mandante, se dal ritardo possa derivarne pericolo.

SOMMARIO.

I. 970. Sguardo generale e divisione.

II. 971. Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne resta incaricato. — 972. Questa obbligazione è considerevolmente sminuita, ma non distrutta, dalla facoltà che compete al mandatario di rinunciare al mandato: rimando. — 973. Ma in alcuni casi eccezionali l'obbligazione di agire sussiste, non ostante che sia estinto o cessato il mandato: ciò avviene quando vi sia pericolo nel ritardo. — 974. In tutti i casi in cui rimane incaricato del mandato, il mandatario deve interamente eseguirlo. — 975. Eccezioni nei casi in cui la esecuzione parziale sia indubitatamente più giovevole al mandante della mancanza assoluta di esecuzione; — 976. E nel caso in cui sorga dalle circostanze che il mandatario sia stato abilitato soltanto ad eseguire parzialmente il mandato. — 977. Del caso in cui la obbligazione di agire possa trasformarsi per il mandatario in obbligazione di sospendere: rimando.

III 978. Il mandatario non deve fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato (art. 1989 (1861)). — 979 L'applicazione della regola varia secondo il contenuto della procura: rimando. — 980. Non solo il mandatario non deve eccedere i limiti del suo mandato, ma deve anche uniformarsi al modo di esecuzione prescrittogli dal mandante, cioè deve eseguire il mandato ad unguem. — 981. Con più buona ragione non deve andar contro la forma del mandato: applicazioni. — 982. Se, incaricato di comprare per 100, egli acquisti per 120, potrà egli costringere il mandante ad accettare l'operazione per 100? Controversia. — 983. Della clausola con cui si dia facoltà al mandatario di agire come meglio crederà nello interesse del mandante.

IV. 984. Sanzione per lo inadempimento degli obblighi risultanti dal mandato: il mandatario è responsabile per il danno cagionato al mandante. — 985. Questa responsabilità incombe a qualunque siasi mandatario: commessi di un notaio. — 986. Ma non si incorre, qualunque sia la colpa commessa dal mandatario, se il mandante non ne abbia realmente sofferto danno; —987. Ed anche quando vi sia stato danno, la responsabilità del mandatario sarà in salvo, se il mandante ratifichi i suoi atti.

I. — 970. Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne resta incaricato, e, se non lo esegue, risponde dei danni ed interessi derivanti dallo inadempimento. A canto di questa prima obbligazione, posta dal nostro articolo a carico del mandatario, viene naturalmente quella di cui sopra riservammo l'esame e la di-

scussione (n. 936), consacrata in questi termini nella prima parte dell' art. 1989 (1861): « Il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato. » Dobbiamo noi dunque pria di ogni altro vedere in che cosa consistano queste obbligazioni imposte al mandatario. Compiremo quindi il commentario del nostro articolo, facendo alcune osservazioni generali, comuni a tutte le obbligazioni del mandatario, concernenti la responsabilità che deriva dallo inadempimento.

II. — 971. Il mandatario deve fare ciò di cui si è incaricato. Egli era libero di accettare o rifiutare il mandato; ma, una volta accettatolo, è obbligato ad eseguirlo. La sua accettazione è stata, e non lascerà certo di essere un atto di benevoglienza; però questo beneficio non dovrà tornare in danno del mandante, come avverrebbe se, infedele alla sua promessa ed ingannando la confidenza di quello, il mandatario volesse esimersi, dopo avere accettato, di compiere l'affare o eseguire il mandato di cui volontariamente si è incaricato. « Qui « mandatum suscepit, si potest id explere, « deserere promissum officium non debet: « alioquin, quanti mandatoris intersit, dam« nabitur. » (L. 27, § 2, Dig. *Mand.*). Spiegasi dunque a meraviglia la disposizione del nostro articolo, quando dice che « il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne resta incaricato, ed è tenuto pei danni ed interessi risultanti dal suo inadempimento. » Questa per altro è la traduzione presso a poco letterale di due altri testi del dritto romano. « Sicut autem, « dice il giureconsulto Paolo, liberum est « mandatum non suscipere, ita susceptum « consummari oportet, nisi renunciatum sit. « — Et si susceptum non impleverit, tene« tur. » (L. 22, § 11, e l. 5, § 1, Dig. *Mand.*). — Parliamo per ora della obbligazione per sè stessa: salvo a parlare quanto prima della responsabilità derivante dallo inadempimento.

972. Nello imporre l'obbligazione di eseguire il mandato, l'art. 1991 (1863) vi pone un limite, stabilendo che il mandatario non è tenuto se non sino a che resta incaricato dell'affare. Ed invero il contratto di mandato, come vedremo sotto l'art. 2007 (1879), ha questo di particolare che, sebbene formato collo accordo di due volontà, può finire per la sola volontà di una delle parti: il mandante è sempre libero di revocare la procura da lui data, e, alla sua volta, il mandatario ha la facoltà di rinunciarvi. Questo potere di rinunciare accordato al mandatario allevia grandemente per lui l' obbligo di eseguire il mandato. Nondimeno, non si creda per questo che la sua obbligazione sia vana ed illusoria, mentre quel dritto non gli è conceduto che a patto che la sua rinuncia non pregiudichi il mandante. Però, salvo questa riserva, quando la rinuncia del mandatario non sia nè *dannevole*, nè inopportuna, può ben *dirsi che* egli, obbligato di eseguire il *mandato sino* a che ne resta incaricato, può liberarsene quando gli piace.

973. Ma, d'altro canto, conviene *soggiungere* che in taluni casi *eccezionali la obbligazione* di agire *sopravvive alla* estinzione o alla rinunzia del mandato. In tesi generale, le cause che estinguono il mandato (art. 2003 (1875)) liberano il mandatario dalla sua obbligazione, poichè non è più incaricato dello affare: egli allora, se non ha incominciato ad eseguire il mandato, non dovrà nulla fare; se era in corso di esecuzione, dovrà arrestarsi: ecco la regola generale, per come può dedursi dalle parole del primo paragrafo del nostro articolo. Però, nel paragrafo seguente, è scritta una eccezione: il mandatario è tenuto di continuare la esecuzione, di terminare lo affare incominciato, se, estinto il mandato, possa derivarne pericolo dal ritardo. Suppongasi che il mandato si estingua improvvisamente quando già sia incominciato un affare; ma che intanto siavi tanta urgenza di continuarlo che non sarebbe possibile, senza arrischiare gli interessi del mandante o dei suoi rappresentanti, sospenderlo per aspettare gli ordini: il mandatario allora dovrà continuare e condurre a termine lo affare, quantunque cessati i suoi poteri per

la estinzione del mandato. La ragione decisiva in tal caso è il pericolo nel ritardo: ed anche per questo aspetto il mandato differisce dalla gestione di affari, poichè il gestore, checchè avvenga, siavi o pur no urgenza, è tenuto di continuare l'amministrazione fino a che il proprietario o il suo erede abbia potuto intraprendere la direzione dello affare (art. 1373 (1327)).

L'art. 1991 (1863) formula espressamente la eccezione stabilita nel suo paragrafo secondo per il solo caso in cui il mandato si estingua *per la morte del mandante*. Però, come più innanzi vedremo, commentando l'art. 2003 (1875) (*infrà*, n. 1456), l'obbligazione di terminare l'affare incominciato, quando vi sia pericolo nel ritardo, devesi per medesimezza di ragione imporre al mandatario quando la estinzione del mandato abbia luogo per una causa sopravvenuta in persona del mandante.

974. In tutti i casi in cui resta incaricato del mandato, il mandatario ha obbligo verso il mandante di eseguirlo per intero. Egli deve pienamente valersi dei poteri conferitigli: una esecuzione parziale importerebbe in realtà lo inadempimento del mandato, e peggio ancora in alcuni casi. Infatti, spesso varrebbe meglio non incominciare affatto un affare, anzichè incominciatolo lasciarlo incompito: può dirsi dunque in principio che la esecuzione del mandato sia indivisibile, e che la esecuzione parziale dia dritto al mandante di respingere tutto l'operato del mandatario.

975. Nondimeno in taluni casi, il mandante non potrebbe non accettare la esecuzione, anche parziale. Ciò deve specialmente dirsi, se questa torni indubitatamente più utile al mandante della mancanza assoluta di esecuzione. Per modo d'esempio, se il mandatario, incaricato di ottenere una fidejussione per 1,000, l'ottenga soltanto per 500; se, incaricato di assicurare un edificio o un carico, ne assicuri soltanto una metà o un quarto, sarebbe forse in colpa per non avere interamente eseguito il mandato; ma poichè a buoni conti torna più utile al mandante essere assicurato o mallevato per parte, anzichè per nulla, così egli non potrebbe aver dritto di respingere tutto l'operato del mandatario.

976. Lo stesso dovrà dirsi, se risulti dalle circostanze che il mandante abbia abilitato il mandatario ad eseguire soltanto in parte il mandato: in tal caso dovrebbe con più ragione respingersi la sua pretensione di non accettare la esecuzione, sotto pretesto che non sia intera.

È stato infatti giudicato, in quest'ordine di idee, che se un mandatario incaricato della compra di mercanzie, ne abbia comprato soltanto una parte, uniformandosi al mandato, il mandante non possa lasciarle tutte per conto del mandatario, ove non sorga nè dalle circostanze nè dall'indole del negozio la sua intenzione di voler fare unica compra (1).

977. Pria di compiere le nostre osservazioni su questo punto, noteremo da ultimo, che in alcuni casi la obbligazione del mandatario di eseguire il mandato può trasformarsi in un imperioso dovere di sospenderne la esecuzione; come se egli, per esempio, acquisti conoscenza di avvenimenti tali che, noti al mandante, lo avrebbero certamente indotto a revocare il mandato. Se il mandatario, dice Pothier (2), dopo avere ricevuto lo incarico di acquistare il tal fondo, scopra che lo acquisto non sia sicuro, o che il fondo abbia gravissimi vizî ignorati dal mandante, la buona fede l'obbliga in tal caso a sospendere la esecuzione, per avvertirne il mandante e riceverne nuovi ordini. — Ma questa è una conseguenza dell'obbligazione che ha il mandatario di eseguire il mandato da buon padre di famiglia. Di ciò torneremo a parlare commentando l'articolo seguente.

III. — **978.** Ma l'obbligazione del mandatario non consiste solo nello eseguire il

(1) Ric., 6 aprile 1831 (J P., alla sua data; Dalloz, 31, 1, 117).

(2) Pothier (n. 45).

mandato finchè ne resti incaricato; egli deve inoltre, nella esecuzione, tenersi strettamente entro i limiti delle sue facoltà, e non far cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato. L'art. 1989 (1861) ha formulato questa regola, che è per così dire il tipo delle obbligazioni del mandatario; tutte le altre vi si riferiscono o ne derivano: ed appunto per questo noi rimandammo al presente capitolo, in cui le obbligazioni del mandatario sono determinate, lo sviluppo di questa parte dell'articolo 1989 (1861).

979. Onde conoscere se il mandatario siasi tenuto entro i limiti delle sue facoltà, conviene innanzi tutto riferirsene all'atto che contiene il mandato. La regola astratta sarà sempre invariabile: il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato. Ma l'applicazione varia secondo il contenuto della procura. Noi non ripeteremo qui quel che dicemmo sulla estensione del mandato concepito in termini generali (*sopra*, nn. 909 e seg.), e del mandato espresso (nn. 937 e seg.). Questi particolari, che il lettore potrà consultare, sarebbero ora fuori proposito: noi qui dobbiamo esaminare la regola considerata in sè stessa e nella sua generalità.

980. Il mandatario, secondo questa regola, non deve fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato o procura. Il *contenuto* del mandato è ciò che dicesi la *forma* del mandato. Ed i Romani, da cui ci è venuta questa frase tecnica, dicevano precisamente: « *Forma* mandati servanda est. » La parola *forma* deve intendersi qui in un significato affatto diverso da quello in cui si adopera a proposito delle condizioni necessarie alla validità del contratto di mandato (*sopra*, nn. 841 e seg.), servendo qui ad indicare l'ordine del mandante, il modo di esecuzione, colle diverse circostanze di tempo, di luogo, di prezzo, ecc. E il mandatario deve appunto quest'ordine eseguire, nel modo come gli è stato dato.

Adunque, non solo non dovrà eccedere il mandato, ma deve inoltre, restringendosi agli atti che gli sono permessi, uniformarsi al modo di esecuzione prescrittogli dal mandante. Egli deve ubbidire all'ordine di costui, non farsene giudice; il mandato insomma, come è solito dirsi, deve essere eseguito *ad unguem*, non ammettendosi gli equipollenti. È questo il principio; però ben si comprende che i tribunali, determinandosi secondo le circostanze, potranno introdurvi qualche temperamento che ne modifichi più o meno l'applicazione.

981. Con più buona ragione il mandatario non deve fare cosa alcuna *contro la* forma del mandato. Così, non potrà egli alla cosa indicatagli dal mandante *sostituirne* un'altra, anche migliore: in questo senso fu giudicato dalla Corte di Rennes che lo intraprenditore di trasporti a cui s'a stato dato incarico di spedire talune mercanzie *con un bastimento a vela*, sia responsabile della perdita delle mercanzie, avvenuta per causa di un naufragio, se le abbia spedito con un *battello a vapore* (1).

Così pure, se il mandatario è stato incaricato di vendere, non dovrà permutare; — se ha avuto incarico di comprare vino della tale contrada e del tale anno, non dovrà comprarne d'un'altra contrada e di un altro anno; — se è incaricato di procurare una cosa nella piazza della tal città, non dovrà procurarsela in un'altra piazza (2); — infine, se ha avuto il mandato di comprare ad un dato prezzo, potrà senza dubbio comprare ad un prezzo minore, ma non mai ad un prezzo più elevato.

Nè devesi riguardar come contraria una decisione della camera dei ricorsi, dalla quale risulta che la vendita fatta dal rappresentante o mandatario riconosciuto di un negoziante possa opporsi a costui, quand'anche il rappresentante o mandatario non

(1) Rennes, 8 dic. 1856 (S. V., 57, 2, 307; Dalloz. 57, 2, 96; J. P., 1858, 177). — *Vedi* pure Grenoble, 23 dicembre 1854 (J.P., 1855, t. II, p. 75; Dalloz, 55, 2, 203; S.V., 55, 2, 140).

(2) Montpellier, 10 lug. 1829 (Dalloz, 31, 2, 118).

ne abbia ricevuto una facoltà speciale, e l'abbia conchiusa per un prezzo diverso da quello fissato dal mandante (1). Che anzi la Corte di cassazione, lungi dallo ammettere in principio, che il mandatario incaricato di comprare possa trasgredire l'ordine del mandante relativamente al prezzo determinato, riservò nella specie il dritto a quest'ultimo per farsi render conto dal mandatario della differenza tra il prezzo pagato e quello indicato; e se dichiarò obbligato il mandante a rispettare il negozio conchiuso coi terzi, ciò fu unicamente perchè egli aveva pubblicamente riconosciuto per suo rappresentante o mandatario colui che avea stipulato coi terzi, dando così a pensare che quel rappresentante avesse facoltà sufficienti.

982. E qui sorge una quistione, già da lungo tempo discussa, sulla quale erano anche scissi i giureconsulti romani. — Quando il mandatario, incaricato di comprare per 100, vedendo impossibile conchiudere il negozio per tal prezzo, compra per 120, non potrà certo pretendere che il mandante lo accetti per quest' ultimo prezzo: in ciò nessun dubbio. Ma lo potrà obbligare ad accettarlo per 100, cioè per il prezzo indicato nella procura? Ecco la quistione. Secondo i Sabiniani, doveva decidersi del no; poichè, essi dicevano, non avendo il mandante azione contro il mandatario per costringerlo a consegnare per 100, prezzo indicato nella procura, la cosa che avea comprato a più caro prezzo, non deve, per una giusta reciprocanza, ammettersi l'azione del mandatario, il quale, prendendo sopra di sè la differenza, voglia costringere il mandante a riceversi la cosa per il prezzo di 100 che avea egli stesso determinato. — Per l' incontro, secondo i Proculeiani, era più conforme all'equità accordare al mandatario il dritto di obbligare il mandante ad accettare il negozio, salvo a pagargli del suo quel tanto dippiù che fosse costato per non essersi uniformato alle condizioni della procura: « Sed Proculus recte eum, usque ad pretium statutum, acturum existimat: *quae sententia sane benignior est.*» (L. 4, Dig. *Mand.*). Questa opinione fu da Giustiniano consacrata nelle sue Instituzioni (lib. III, tit. XXVII, *De Mandato*, § 7).

Nel nostro antico dritto, essa fu seguita da Pothier. « L'argomento dei Sabiniani, egli dice, non ha alcun valore. Io commetterei una ingiustizia, obbligando il mio mandatario a darmi la cosa per il prezzo indicato nella procura, mentre gli è costata dippiù; ma per contro, il mio mandatario non mi farebbe alcun torto, obbligandomi a prendere la cosa per il prezzo da me indicatogli, pagando egli a pura perdita il dippiù che gli è costata (2). » E Troplong, il quale riferendo la controversia si attiene a quest'ultima sentenza, dice pure nel medesimo senso: « Che importa se il mandatario abbia oltrepassato i limiti del suo mandato; se, confessando il suo errore e consentendo a ripararlo, rimette le cose al punto in cui erano per effetto del mandato? Il mandante voleva avere una cosa per 100, e gli è stata acquistata per 100. Di che cosa può egli dolersi? Questa opinione è prevaluta siccome più umana; ed è per altro più ragionevole. *Non debet utile per inutile vitiari* (3). »

Ma, non possiamo a meno di confessarlo, questa opinione non ci sembra la più esatta; e, sebbene accettata in nome dell'equità, pure, secondo noi, la tesi dei Proculeiani non è che solo in apparenza equa. Essa al postutto non fa che rendere il mandatario l'arbitro assoluto, il domino della situazione, ponendo dal lato suo tutte le probabilità favorevoli, e da quello del mandante tutte quelle contrarie. E valga il vero, quel che d'ordinario avviene è, che il mandatario, incaricato di comprare per 100, vedendo impossibile conchiudere l'operazione

(1) Ric., 16 agosto 1860 (Dalloz, 60, 1, 493; S. V., 61, 1, 288; J P., 1861, p. 840).

(2) Pothier (n. 94).

(3) Troplong (n. 270).

per questo prezzo, e sembrandogli nondimeno vantaggiosa anche per 120, la conchiude per questa somma. Che cosa ne avverrebbe nel sistema dei Proculeiani? È facile vederlo. O il mandatario abbia ben valutato le cose, e il negozio sia realmente vantaggioso anche per 120, ed egli allora sarà libero di tenere l'operazione per conto proprio, ritraendone per sè tutto il beneficio. O invece egli si è ingannato nelle sue previsioni, e l'affare sia talmente disgraziato, da produrre inevitabilmente una perdita considerevole, anche alle condizioni della procura, ed allora il mandatario lo lascerebbe per conto del mandante, tenuto ad adempire le condizioni della procura, e, soffrendo per tutto danno la perdita della somma che rappresenta la differenza tra il prezzo indicato dal mandante e quello dello acquisto, scaricherebbe su quest'ultimo quasi tutto il danno! Checchè se ne dica, un sistema che porta a tali risultamenti non ha certo per lui tutta quella equità in nome di cui vorrebbe difendersi. Secondo noi, il giureconsulto Paolo, interprete dei Sabiniani, intendeva più giustamente l' equità, e nel tempo stesso colpiva meglio il vero punto della difficoltà, dicendo che sarebbe iniquo dare al mandatario, se gli piacesse, un'azione contro il mandante, e negarla a quest' ultimo contro il primo: « Iniquum est non esse « mihi cum illo actionem si nolit, illi vero « si velit mecum esse. » (L. 3, § 2, Dig. *Mand.*). Noi dunque stimiamo, che se il mandatario, nella impossibilità di aver la cosa pel prezzo indicato dal mandante, la acquisti nondimeno per un prezzo più elevato, il negozio debba sempre rimanere per suo conto, non potendo costringere il mandante a riceversela, nemmeno alle condizioni della procura (1); e se voglia ammettersi qualche eccezione, ciò tutto al più potrebbe essere nel solo caso in cui la cosa acquistata fosse esclusivamente utile o vantaggiosa per il mandante.

Del resto, non bisogna confondere la ipotesi di cui parliamo col caso del mandato *divisibile* di cui più sopra avemmo occasione di favellare (n. 975). Infatti, egli è ben giusto e naturale che colui il quale ottiene una malleveria per 120, mentre era incaricato di ottenerla per 100, abbia una azione contro il mandante fino alla concorrenza di quest'ultima somma, poichè allora il mandato è divisibile. Ma non è questa la nostra ipotesi: noi qui parliamo di un mandato *indivisibile*, quello di comprare la tal cosa per un prezzo determinato. In tal caso l' obbligazione del mandatario è precisa e determinata; i suoi poteri sono circoscritti: se li eccede, egli non adempie il suo mandato, non agisce più da mandatario, e quindi non potrebbe essere ammesso, in principio, a costringere il mandante, suo malgrado, ad accettare un negozio che non volea fare, perchè non eseguito secondo le condizioni della sua procura.

983. Avviene alle volte che, indicatosi nella procura l'atto da eseguirsi *ed il modo* della esecuzione, aggiungasi *che il mandatario possa agire, come meglio crederà nello interesse del mandante*. Ma ciò nonostante, il mandatario non avrà tutta quella libertà e latitudine che sembrerebbe con questa clausola dovergli essere attribuita. E specialmente, non sarà dispensato dall' osservare le regole sopra esposte; solo, si userà più larghezza nello interpretarle, e meno rigore nell'applicarle. Il mandato dicesi allora *facultativo*, in opposizione alla qualifica di *imperativo* che gli si dà in tutti i casi in cui la procura non contenga la clausola di cui parliamo, o altra simile.

IV. — 984. Da ultimo, dobbiamo ora parlare della sanzione stabilita dal legislatore per lo inadempimento delle obbligazioni imposte al mandatario. Si comprende di leggieri qual possa essere l' indole di tal sanzione. Il mandatario, accettando il mandato, ha assicurato il mandante della sua esecuzione. Se questi è deluso nella sua

(1) *Vedi*, in questo senso, Bugnet, sopra Pothier (nota del n. 94).

espettazione, è naturale che debba avere un risarcimento al danno cagionatogli. Se non avesse fidato sulla parola del mandatario, il mandante, dice Pothier, avrebbe potuto trovarne un altro più fedele, o pensato a fare da sè stesso l'affare per cui diede il mandato: *è giusto adunque che egli sia ristorato da questo mandatario infedele di tutto il danno cagionatogli dalla sua infedeltà: per lo inadempimento del mandato* (1). Con questo medesimo intendimento, il nostro art. 1991 (1863) dice che il mandatario è tenuto pei danni ed interessi che potrebbero risultare dallo inadempimento del mandato. E la medesima disposizione è anche ripetuta nell'art. 1992 (1864), in cui è consacrata l'obbligazione del mandatario di mettere nell'affare di cui è incaricato tutte le cure di un buon padre di famiglia. — Ecco dunque la sanzione: il mandatario deve rispondere del danno da lui cagionato al mandante, sia trascurando le due obbligazioni testè cennate, sia mancando ai doveri di cui parleremo sotto lo articolo seguente.

985. Questa responsabilità incombe a qualsiasi mandatario. — Spesso avviene che i commessi di un notaro consentono a farsi costituire mandatari delle parti negli atti stipulati dal loro padrone, e a ciò si prestano tanto più facilmente, in quanto che ritengono di non assumere alcuna obbligazione, di non esporsi ad alcun rischio. Ma essi la sbagliano; poichè, divenendo, anche in tali condizioni, mandatari dei clienti del loro padrone, sono obbligati di agire come chiunque altro a cui si conferisca spontaneamente il mandato, e colla medesima responsabilità. Havvi sul proposito una decisione della Corte di Metz, che i commessi di notaro farebbero bene a non perder di vista, e che ad ogni modo serve ad aprir loro gli occhi sui pericoli a cui vanno incontro, prestandosi così facilmente a questi atti di compiacenza: risulta da quella, che il commesso di un notaio, il quale, in un atto di vendita stipulato da quest' ultimo, abbia figurato come mandatario del venditore, sia personalmente responsabile del prezzo che, secondo una clausola dell'atto, gli sia stato pagato dal compratore nello studio del notaro, quantunque realmente lo abbia passato nelle mani di costui (2).

Giovi però aggiungere, che il commesso non dovrà essere dichiarato responsabile se non quando sia seriamente intervenuto come mandatario nell' atto stipulato dal suo notaro. Che se, per esempio, come avvenne in una specie giudicata dalla Corte di Orléans (3), un notaio incaricato degli interessi di una persona, offra a costei il suo commesso per mandatario, onde conservare il dritto di stipulare gli atti, in tal caso la responsabilità delle colpe o del danno cagionato dal mandatario peserebbe intera sul notaro, poichè il commesso non sarebbe che un prestanome.

986. Del resto, lo inadempimento delle obbligazioni imposte al mandatario non impegna per sè solo la responsabilità di costui: perchè il mandante abbia dritto ai danni ed interessi, il fatto imputato al mandatario, inadempimento totale o parziale del mandato, eccesso di potere, violazione della forma, colpa o anche dolo, deve realmente arrecar danno al mandante, cioè fargli soffrire una perdita o privarlo di un guadagno (Cod. Nap., art. 1149 (1103)). Era già questa la regola in dritto romano. « Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit: caeterum si nihil interest, cessat mandati actio: et eatenus competit, quatenus interest... » (L. 8, § 6, Dig. *Mand.*). Ciò sorge ugualmente dal nostro articolo, il quale dicendo, non già che lo inadempimento del mandato dia per sè stesso luogo ai danni ed interessi, ma che il mandatario sia tenuto dei

(1) Pothier (n. 38).
(2) Metz, 15 genn. 1856 (S.V., 56, 2, 208; Dalloz, 56, 2, 137).
(3) Orléans, 7 genn. 1842 (S.V., 43, 2, 59; Dalloz, 43, 2, 85; J.P., 1843, t. 1, p. 282).

danni ed interessi che ***potrebbero risultare*** dello inadempimento del mandato *, mostra chiaramente che se lo inadempimento non arrechi alcun danno al mandante, il mandatario non sia tenuto ad alcuna riparazione (1). Questa regola per altro è fondata sulla medesima natura delle cose; perciocchè regolandosi le azioni alla stregua dello interesse, gli è evidente che il mandante non potrà avere alcuna azione se il fatto o la colpa del mandatario non gli ha cagionato alcun danno. Per modo di esempio, se un mandatario, incaricato di rinnovare una iscrizione ipotecaria, tralascia di rinnovarla e la fa cadere in perenzione, non si avrà alcun dritto a risarcimento se si riconosca che, anche rinnovata, non sarebbe venuta in grado utile.

Su ciò appunto si è fondata la giurisprudenza, stabilendo che lo inadempimento di un mandato, anche quando esponga il mandante a soffrire un danno eventuale ed imminente, non dà dritto a costui di proporre immediatamente contro il mandatario una azione per danni ed interessi, ma gliela riserva per il caso in cui avvenga realmente il danno; e che il mandante, quand'anche siavi luogo a temere della futura solvibilità del mandatario, non abbia dritto a pretendere una ipoteca o una malleveria per garenzia di un credito che forse non avrà mai esistenza (2).

987. Al caso in cui il mandante non soffra alcun danno bisogna assimilare quello in cui ratifichi, *rispetto allo stesso mandatario*, gli atti di cattiva amministrazione, poichè in tal modo rinuncia all azione che avrebbe potuto avere contro di quello (3). Si badi però, che la ratifica dev'essere fatta in favore del mandatario direttamente. Quella fatta rispetto ai terzi, di cui parleremo sotto l'art. 1998 (1870), non avrebbe alcuna influenza sulla quistione della responsabilità del mandatario; infatti il mandante, accettando gli atti fatti tra i terzi di buona fede e il suo rappresentante, non può per ciò solo ritenersi che abbia rinunziato al dritto di rivolgersi contro quest'ultimo per chiedergli conto del danno cagionatogli (4). Se l'approvazione degli atti fosse scritta in una lettera confidenziale diretta ad un terzo, non potrebbe nemmeno il mandatario prevalersene per sottrarsi alla responsabilità (5). Ma su ciò torneremo sotto gli art. 2004 e 2006 (1876 e 1878), quando parleremo del valore delle lettere missive (*infra*, numero 1162).

1992 (1864). — Il mandatario è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del mandato.

Tal garentia però, riguardo alle colpe, è applicata meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, che a colui il quale riceve una mercede.

SOMMARIO.

I. — 988. Il mandatario deve porre tutta la buona fede nella esecuzione del mandato, mettendo nel negozio di cui è incaricato tutta l'attenzione e l'abilità

* ***Risultanti dallo inadempimento***, dice il corrispondente art. 1863 delle nostre leggi civili; ma questa differenza non ne modifica per nulla il significato, poichè parlandosi di danni ed interessi RISULTANTI, è chiaro che ***se realmente non ne risultino***, non vi sarà dritto a ristoro.

(1) *Vedi* Delvincourt (note, t. III, p. 239, nota 1); Duranton (t. XVIII, n. 240); Boileux (t. VI, p. 584); Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, t. III, n. 7909).

(2) Parigi, 29 marzo 1811 (S. V., 11, 2, 217; *Coll. nov.*, 3, 2, 462); Ric., 5 genn. 1852 (S.V., 53, 1, 216; Dalloz, 52, 1, 50; J.P., 1854, t. 1, p. 38).

(3) Cass., 9 maggio 1853 (S.V., 54, 1, 30; Dalloz, 53, 1, 293; J. P., 1854, 1. 1, p. 441).

(4) Ric., 28 marzo 1855 (S.V., 56, 1, 590; Dalloz, 55, 1, 163; J. P., 1857, p. 218).

(5) Ric., 4 aprile 1821 (S. V., 22, 1, 33; *Coll. nov.*, 6, 1, 412; Dalloz, 21, 1, 601).

che vi si richiede: giustificazione della regola. Divisione.

II. 989. Misura della responsabilità del mandatario: risponde del suo dolo. Trattasi qui del dolo puramente civile; quando la mala fede e il dolo prendano il carattere di reati qualificati, rientrano nel dominio della legge penale: rimando.—990. Il mandatario risponde pure delle sue colpe: il termine di paragone per valutare la diligenza e riconoscere se il mandatario sia in colpa è nel tipo astratto del buon padre di famiglia; *— 991. Anche quando trattisi di mandato gratuito: però in tal caso può il mandatario non esser condannato all'intero risarcimento del danno cagionato: controversia. — 992. Ma il mandatario,* per principio, *non risponde dei casi fortuiti e di forza maggiore: eccezioni. Passaggio.*

III. 993. Applicazioni: il mandatario deve fare da sè stesso il negozio di cui si è incaricato; nondimeno non è in colpa se vi sostituisca un terzo: rimando. — 994. Egli è indistintamente tenuto delle sue colpe in committendo ed in omittendo. — 995. Del caso in cui non adempie il mandato nel termine o nel luogo fissato dalla convenzione.

IV. 996. Attenuazioni che possono farsi a queste regole. La responsabilità del mandatario può essere modificata colla convenzione: in qual modo. — 997. Può anche essere mitigata in taluni casi speciali: mandato gratuito o con tenue salario. — 998. Quid *del caso in cui, trovandosi nella alternativa di lasciar perire la cosa propria o quella del mandante, il mandatario preferisca di salvare la sua? — 999. E di quello in cui il mandatario abbia, da una mano, fatto soffrir perdite al mandante, e, dall'altra, procuratigli dei vantaggi? — 1000. Del caso in cui il mandatario, anzichè offrirsi da sè stesso, abbia insistito per non accettare il mandato, e di quello in cui il mandatario non abbia la capacità necessaria per eseguire l'affare di cui si è incaricato.*

I. — 988. Il mandatario deve mettere nello affare di cui è incaricato le cure di un buon padre di famiglia. È questa, come sopra dicevamo (n. 969), la sua terza obbligazione, consacrata dal nostro articolo in questi termini: « il mandatario è tenuto non solamente per lo *dolo*, ma anche per le *colpe* commesse nella esecuzione del mandato. » La qual disposizione spiegasi come quella degli art. 1989 e 1991 (1861 e 1863) (nn. 971 e 978), e per le medesime considerazioni. Sebbene il mandatario non abbia alcuno interesse nello affare che forma appunto l'oggetto del mandato, sebbene da canto suo l'accettazione della procura sia un atto di pura beneficenza, egli dovrà nondimeno mettere tutta la buona fede nello eseguire il suo còmpito, adoperando per l'affare di cui accettò lo incarico tutta la diligenza ed abilità da esso reclamata. Poteva non accettare il mandato; ma tosto che ha consentito di incaricarsene, egli ha obbligo, ed in ciò impegna anche il suo onore, per usare una frase di Domat, di non deludere la confidenza del mandante che, a causa della sua accettazione, non curò forse di rivolgersi ad un altro; laonde dovrà eseguire il mandato non solo con buona fede, ma anche con diligenza ed esattezza (1). Ed il mandante a tutto questo ha dritto; infatti, come dice il nostro articolo, il mandatario è tenuto verso di lui a risarcirlo del danno cagionatogli.

Ma qual'è la misura della responsabilità stabilita dalla legge? In quali casi è responsabile il mandatario? Quali fatti dànno luogo alla sua responsabilità? Quali modificazioni possono farsi alle regole sulla responsabilità? Ecco le principali quistioni che dobbiamo risolvere nel commento di questo articolo.

(1) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 3, n. 4). — *Vedi* pure Pothier (n. 46).

II. — 989. Ed in prima, il mandatario risponde del suo dolo, come è detto nelle prime parole dell'art. 1992 (1864). Quando, per mala fede, il mandatario esegue il mandato in modo da nuocere agli interessi del mandante, o si astiene fraudolentemente dallo eseguirlo, si rende colpevole d'un vero tradimento; in tal caso, come ben si comprende, la responsabilità incorsa non può essere in alcun modo attenuata o mitigata (*infra*, n. 996).

Ben inteso però: noi qui parliamo del dolo e della mala fede puramente civile. Che se per poco il dolo o la mala fede prendano il carattere di un reato qualificato, rientrano allora nel dominio della legislazione punitiva. Il Codice penale vi scorge un abuso di confidenza, se consistano in un invertimento della cosa consegnata a titolo di mandato (art. 408 (631 Cod. pen. italiano del 1859)). E, secondo i casi, vi si potrebbe vedere un altro reato: infatti, è stato giudicato dalla camera criminale della Corte di cassazione, che il fatto di avere un mandatario, dopo la sua revoca, distrutto, d'accordo coll'altra parte obbligata, un contratto relativo allo appalto di lavori intrapresi dal suo mandante, sostituendovene un altro con condizioni più vantaggiose per l'intraprenditore, costituisce non una frode puramente civile nella esecuzione del mandato, nè un abuso di confidenza, ma il reato di distruzione di titolo (1).

Ma su ciò non insisteremo più che tanto, poichè esce dal nostro subbietto.

990. Il mandatario non deve soltanto agire di buona fede; ma non deve nemmeno incorrere in alcuna colpa. Infatti, come dice l'art. 1992 (1864), « il mandatario è tenuto per le colpe che commette nella esecuzione del mandato. » La qual disposizione è in perfetta armonia e risponde a capello a quella dell'art. 1137 (1091), in cui la teoria generale delle colpe è stabilita.

Partendo di questa teoria delle colpe, si suppone sempre e necessariamente un debitore che non adempia l'obbligazione assunta; e si domanda se debba o no rispondere dello adempimento. La risposta è, che egli ne risponde *se è in colpa*, non ne risponde, *se non è in colpa*. Ma quando può dirsi che sia in colpa? La quistione è stata lungamente dibattuta; e pure sarebbe delle più semplici, se si stesse alla regola stabilita dal Codice Napoleone. Il debitore è in colpa se, nella condizione in cui trovisi, non abbia fatto quel che è solito farsi da un uomo diligente ed accorto, cioè, per servirci della frase consacrata, da *un buon padre di famiglia*. Adunque, non devesi punto vedere se il debitore sia o no un uomo accorto nel maneggio dei suoi propri affari: il legislatore di ciò non si cura; nè tampoco ha accettato, come vedemmo nel nostro commentario del *Prestito* (*sopra*, nn. 76 e seg.), la divisione delle tre colpe (grave, lieve e lievissima) che i nostri antichi scrittori e *specialmente* Pothier, aveano voluto vedere nel diritto romano; ma, prendendo come termine di paragone un tipo astratto, *il buon padre di famiglia*, ha consacrato la estimazione delle colpe *in abstracto*, e non *in concreto*, meno in un solo caso in favore del depositario (*sopra*. art. 1927 (1799), numeri 424 e *seg*.). Con questo intendimento è concepita la disposizione dell'art. 1137 (1091), § 1, ai termini del quale « l'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l'utilità di una parte, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ne ha il carico ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia. »

Or questo medesimo pensiero è senza dubbio riprodotto nella prima disposizione dell'art. 1992 (1864), il quale, stabilendo che il mandatario è tenuto per le colpe commesse nella esecuzione del mandato,

(1) Crim. rig., 14 luglio 1861 (Dalloz, 61, 1, 451; J. P., 1862, p. 838; S.V., 62, 1, 1002).

non ha fatto che consacrare la estimazione della colpa *in abstracto*, giusta la regola comune, che non è per nulla alterata, almeno in questa parte dello articolo.

991. Ma gli autori della legge non si tennero paghi di questo; e, siccome nello art. 1137 (1091), aggiunsero nel nostro art. 1992 (1864) una seconda disposizione. Infatti, l'art. 1137 (1091) dice che l'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, *i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati nei rispettivi titoli*. Or, come è detto nel secondo paragrafo del nostro articolo, la garenzia relativa alle colpe dev' essere applicata « meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, che a colui il quale riceve una mercede : » ed è questa appunto una delle eccezioni indicate nel § 2 dell' articolo 1137 (1091).

Però, si badi a non cadere in errore : il legislatore non intende con ciò dire che, rispetto al mandatario gratuito, la diligenza debba estimarsi *in concreto*. Il termine di paragone dovrà esser sempre il tipo astratto del buon padre di famiglia (1). Da quel testo non può altro inferirsi, se non che il giudice in tal caso debba avere un potere discrezionale, in forza del quale potrà, rispetto al mandatario gratuito, proporzionare la severità a seconda delle circostanze. Si dirà forse in contrario che, anche quando trattasi di mandato salariato, spetta sempre ai giudici decidere in fatto se il mandatario abbia o no agito da uomo diligente, e che in tal modo, colla nostra interpretazione, verrebbe distrutta la differenza che il legislatore ha voluto stabilire, quanto alla garenzia delle colpe, tra il mandatario gratuito e quello salariato ? Ma tale obbiezione non sarebbe esatta : noi non neghiamo la differenza stabilita dalla legge; però, secondo la nostra interpretazione, essa riguarda non la diligenza in sè stessa, ma la natura delle colpe, la estensione, la misura della responsabilità. Laonde, trattandosi di un mandato gratuito, i giudici, nel mentre da una mano riconosceranno che il mandatario non ha fatto ciò che al suo posto avrebbe dovuto fare un buon padre di famiglia, potranno, senza liberarlo del tutto da ogni responsabilità (2), non condannarlo alla intera riparazione del danno per sua colpa cagionato. Se però trattisi di un mandato salariato, posto che i giudici riconoscano non essersi il mandatario condotto da buon padre di famiglia, non potrebbero esimersi dal condannarlo alla intera riparazione del danno, senza violare gli articoli 1137 e 1992 (1091 e 1864) ed incorrere la censura della cassazione.

992. Diremo da ultimo che, a differenza del dolo e della colpa, il mandatario non è *per principio* tenuto dei casi fortuiti e degli accidenti di forza maggiore. « A procuratore dolum et omnem culpam, *non etiam improvisum casum* praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. » (L. 13, C. *Mand.*). A tal rispetto il mandatario è nella medesima condizione degli altri debitori in generale, i quali, secondo l'art. 1148 (1102) del Codice Napoleone, non sono tenuti a verun danno ed interesse quando, per forza irresistibile o per caso fortuito, siano stati impediti di dare o di fare quello a che si erano obbligati, o abbiano fatto quel che era loro vietato.

Nondimeno questa regola non è assoluta : lasciando per ora da canto la ipotesi di cui dobbiamo quanto prima parlare, in cui il mandatario abbia preso a suo carico, colla convenzione, i casi fortuiti e di forza maggiore (n. 996), diciamo che egli dovrà ugualmente risponderne se sia in colpa o in mora quando la cosa perisca per caso fortuito o forza maggiore. Anche per questo

(1) Vedi intanto Troplong (n. 393); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 41, nota 3); Mourlon (5ª ediz., t. III, p. 441).—*Conf.* Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n. 7914). — Ma *vedi* Delamarre e le Poitvin (*Commiss.*, t. II, n. 233).

(2) Cass., 2 genn. 1832 (S. V., 32, 1, 319; Dalloz, 32, 1, 62).

aspetto, la condizione del mandatario è assimilata a quella del debitore in generale, la cui obbligazione, ai termini dell' articolo 1302 (1256), non si estingue per la perdita o distruzione del corpo certo che ne forma l'oggetto, se non quando la cosa sia perita o perduta ***senza colpa del debitore e prima che egli sia in mora.***

III. — 993. Ciò detto intorno alla misura della obbligazione imposta al mandatario dall'art. 1992 (1864), e alla causa stessa della responsabilità, veniamo ora alle applicazioni, e, senza avere la pretensione di esaminare o prevedere, il che sarebbe assolutamente impossibile, tutte le ipotesi in cui può essere impegnata la responsabilità del mandatario, diremo qualche cosa sulle colpe che possono ingenerarla.

E primieramente, il mandatario deve fare da sè medesimo la cosa di cui si è incaricato. Egli, prima di accettare il mandato, ha dovuto consultare le sue forze; ma accettatolo, deve mettersi all'opera e compiere l'affare la cui esecuzione gli è stata confidata. Ma si dovrà forse ritenerlo in colpa, come qualche volta si è asserito, per ciò solo che si sia fatto sostituire da una persona che agisca in sua vece e lo supplisca nella esecuzione del mandato? Siffatta quistione sarà da noi discussa sotto l'art. 1994 (1866) (*infra*, n. 1016). Ma nondimeno diremo fin da ora che, in tesi generale, il solo fatto della sostituzione non costituisce una colpa; ma solo aggrava la responsabilità del mandatario, rendendolo obbligato non solo pei suoi proprî fatti, ma anche per quelli personali del sostituito. Così si spiega e giustifica una decisione della Corte di cassazione, secondo la quale deve ritenersi incorso in grave colpa, di cui è responsabile verso il mandante, quel mandatario che, incaricato di trasmettere ad una società tontina taluni documenti che il costituente dovea presentare in un termine stabilito sotto pena di essere escluso da qualunque partecipazione ai benefici della società, abbia fatto sostituirsi, anche col consenso del mandante, da un terzo il quale, per negligenza, non abbia eseguito in tempo utile il mandato (1).

994. La responsabilità è assolutamente indipendente dalla natura e dal carattere delle colpe commesse dal mandatario nella sua esecuzione. Laonde, non devesi a tal rispetto distinguere tra le colpe *in committendo* e quelle *in omittendo*. Dovendosi, come dicemmo, prendere per termine di paragone il tipo astratto del buon padre di famiglia, comprendesi di leggieri che il mandatario manchi del pari alla sua obbligazione, sia facendo ciò che eragli vietato, sia trascurando ciò che dovea fare (2).

D'onde segue:

Che il mandatario il quale trasferisca, in nome del suo mandante, una rendita sullo Stato ad un agente di *cambio*, e non curi di farsene pagare il *prezzo nei tre* giorni dopo il trasferimento, *commetta una* colpa, e dovrà personalmente rispondere della insolvibilità dello agente di cambio sopravvenuta al quarto giorno (3);

Che l'agente di cambio, a cui sia stato dato il mandato di vendere un titolo di rendita, abilitandolo a passarne il prezzo a credito di un agente di un'altra piazza, per mezzo del quale l'ordine gli era stato trasmesso, impegni la sua responsabilità se usi di tal facoltà quando gli sia nota la dubbia solventezza di quest'ultimo (4);

Che il mandatario incaricato di recare a contanti taluni effetti di commercio e di procedere contro il debitore in caso di non pagamento, commetta una colpa se, invece di danaro, riceva altri effetti di commercio, e debba quindi garantirne il pagamento (5);

Che sia in colpa il commissionario, e quindi

(1) Ric., 26 nov. 1860 (Dalloz, 61, 1, 496; J.P., 1862, p. 757).

(2) *Vedi* Pothier (n. 47).

(3) Parigi, 22 aprile 1824 (S.V., 26, 2, 50; *Coll. nov.*, 7, 2, 351; Dalloz, *Racc. alf.*, 6, 756, n. 2).

(4) Nantes, 29 giugno 1859 (Dalloz, 59, 3, 71). — *Vedi*, in questo senso, Ric., 13 nov. 1848; Orléans, 10 genn. 1850 (Dalloz, 48, 1, 249; 51, 2, 224; S. V., 49, 1, 192; 51, 2, 124; J. P., 1849, t. II, p. 273; 1850, t. I, p. 68).

(5) Grenoble, 29 marzo 1832 (S.V., 32, 2, 438; Dalloz, 33, 2, 20).

garante dei vizî, anche occulti, della mercanzia per suo mezzo comprata, se tali vizî avrebbero potuto scoprirsi con una scrupolosa verifica (1).

Non aggiungiamo altri esempî a questa enumerazione, che potrebbe farsi assai più lunga, avvegnachè da queste applicazioni chiaramente rilevisi che la colpa capace di impegnare la responsabilità del mandatario può risultare da qualunque fatto di imperizia, di negligenza, di cattiva amministrazione, da cui al postutto siane venuto danno al mandante.

995. Può anche risultare dal fatto di non avere il mandatario seguito le istruzioni del mandato relativamente al termine o al luogo indicatogli. Così, se sia stato volere del mandante che lo affare di cui il mandatario ha consentito di incaricarsi fosse eseguito nel tal tempo o luogo determinati, quest' ultimo potrà essere condannato a riparare il danno a quello cagionato per aver lasciato trascorrere il termine prefisso, o non eseguito il mandato nel luogo indicato. La Corte di cassazione ha così giudicato in una specie notevole, in quanto chè il mandato era stato dato da più persone, ed il ritardo nella esecuzione era derivato da ostacoli frapposti da una di esse (2). Però concorreva nella specie questa circostanza speciale, che l'ostacolo frapposto da uno dei mandanti non era tale da impedire assolutamente al mandatario di eseguire il mandato; e per questo appunto egli ne fu dichiarato responsabile.

Nondimeno, può alle volte la inosservanza delle prescrizioni del mandato sul proposito non essere imputabile al mandatario, dovendosi tener conto delle circostanze che forse non gli permisero di eseguire il mandato nel tempo o nel luogo indicato. In tal caso, provato che il mandatario, sebbene non siasi uniformato ai termini della procura, abbia nompertanto messo nello affare tutta la diligenza di un buon padre di famiglia, egli non dovrà di nulla rispondere, qualunque si fosse il danno cagionato dal ritardo o dal mutamento di luogo. Ben a ragione è stato dunque deciso: da una mano, che ove un mandatario non abbia potuto eseguire il mandato nel termine stabilito, se sia nondimeno provato che egli abbia agito come meglio potevasi nello interesse del mandante, non debba essere dichiarato responsabile del ritardo, e che invece il mandante potrà essere condannato, sia ad eseguire le obbligazioni contratte coi terzi dal mandatario in virtù dei suoi poteri, sia a pagare le anticipazioni, spese e salarî a quest'ultimo dovuti (3); d' altra mano, che il capitano di un legno, incaricato di vendere le mercanzie in un luogo indicato nella fattura, il quale, non avendo quivi trovato un prezzo vantaggioso, ve le abbia soltanto lasciato in deposito, adempia sufficientemente il suo mandato se abbia potuto credere che in tal modo faceva meglio gli interessi del suo committente, e che quindi, dato il caso che il depositario venda le mercanzie ad un prezzo anche minore di quello che avrebbe potuto fare il capitano vendendole nei luoghi indicati per la vendita, questi non sia tenuto a pagarne la differenza al suo mandante (4).

IV. — 996. Esposte le regole relative, tanto all' obbligazione del mandatario di mettere nella esecuzione del mandato la diligenza di un buon padre di famiglia, quanto alla responsabilità che incorre per lo inadempimento di tale obbligazione, non ci resta ora che indicare le modificazioni che possono farsi a tali regole. Ed in prima, le stesse parti hanno la facoltà di modificarle per convenzione.

Così, sebbene per principio il mandatario non deve rispondere dei casi fortuiti e di

(1) Rouen, 28 aprile 1858 (J.P., 1860, p. 1152; Dalloz, 59, 2, 133).

(2) Rig., 19 dic. 1853 (S.V., 54, 1, 701; Dalloz, 54, 1, 26; J.P., 1855, t. II, p. 396).— *Vedi* inoltre Ric., 19 febb. 1835 (S.V., 35, 1, 318; Dalloz, 35, 1, 72).

(3) Ric., 25 giugno 1834 (S.V., 34, 1, 808; Dalloz, 34, 1, 291).

(4) Ric., 18 marzo 1835 (S.V., 35, 1, 770; Dalloz, 35, 1, 204).

forza maggiore (*sopra*, n. 992), pure questi per contratto potranno mettersi a di lui carico. La legge, nello art. 1302 (1256), § 2, suppone che qualunque debitore sia libero di derogare, con una convenzione eccezionale, alla regola generale che pone i casi fortuiti a carico del creditore. Nè vi ha ragione per non permettere tale derogazione nel contratto di mandato (1). Ciò per altro ammettevasi nel dritto romano: « Aristoni et Celso patri placuit, posse rem « hac conditione deponi, *mandatumque* « *suscipi*, ut res *periculo ejus sit qui de-* « *positum vel mandatum suscepit*. Quod « et mihi verum esse videtur. » (L. 39, Dig. *Mand.*). Il mandatario può dunque prendere a suo carico i casi fortuiti e di forza maggiore. Può anche assicurare l'operazione, facendo la convenzione *del credere*.

Per l'opposto, sebbene per principio responsabile delle colpe commesse nella esecuzione del mandato, nondimeno il mandatario sarebbe esente da qualunque responsabilità se fosse convenuto e stipulato tra le parti che non debba rispondere delle sue colpe. In questo caso, il danno risultante da una qualsiasi mancanza del mandatario nella esecuzione del mandato resterebbe a carico del mandante, cui non compete alcun dritto al risarcimento.

Ma non si potrebbe per convenzione liberare il mandatario dalla responsabilità risultante dal suo dolo. Una esecuzione dolosa o di mala fede non potrebbe essere anticipatamente approvata con alcuna convenzione, per quanto espressa si voglia. Per ciò appunto dicevamo poco prima (numero 989) non potersi in tal caso la responsabilità del mandatario mitigare o attenuare.

997. Le regole della responsabilità possono pure venir modificate da altre circostanze che non abbiano necessariamente relazione colle stipulazioni del contratto. La legge medesima vede una di queste circostanze nell' essere il contratto gratuito, nel qual caso, secondo il nostro articolo, può applicarsi meno rigorosamente la condanna ai danni di cui sia responsabile il mandatario per le colpe commesse nella esecuzione del mandato. Conseguentemente, penetrando nel pensiero di questo articolo, può ben dirsi che, anche quando il contratto non sia interamente gratuito, dovrassi nondimeno attenuare la condanna, se il salario sia talmente modico da non potervisi vedere nemmeno l' apparenza di una rimunerazione. Certamente, qualunque si fosse la pochezza del salario, i giudici non potrebbero liberare il mandatario in colpa da ogni responsabilità, non essendo lecito di spingersi fin là nemmeno quando il mandato sia assolutamente gratuito (numero 991); ma potranno senza alcun dubbio, quando non sia grave la colpa, stabilire una tenue indennità per la riparazione del danno involontariamente cagionato. Ciò risulta dalla decisione da noi sopra ricordata (*loc. cit.*).

Per altro, come di leggieri si scorge tutto qui dipende principalmente dalle circostanze, massime dall' indole e dalla gravezza dei fatti rimproverati al mandatario. Se egli, nella esecuzione del mandato, commetta una di quelle colpe che non avrebbe nemmeno commesso un uomo trascurato, negligente, non avrà certo dritto ad alcuna indulgenza. La cifra del salario non potrà allora tenersi in alcun conto: fosse pure del tutto gratuito il mandato, la responsabilità peserà intera sul mandatario, il quale dovrà risarcire tutto il danno cagionato. Così, poniamo che un negoziante che ha promesso di fare accettare una lettera di cambio, non curi di ottenerne l'accettazione; se avvenga che, per un accidente qualunque, per esempio pel fallimento del traente, il mandante non potrà essere pagato, il negoziante che non ha adempito la sua promessa, dovrà rispondere in proporzione del danno cagionato, e quindi rimborsare l'intero valore della lettera di cambio che avea promesso di fare accettare, a nulla valendo se egli erasi obbligato a ciò fare gratuitamente (2).

(1) Pothier (n. 30).
(2) Aix, 23 aprile 1813 (S. V., 13, 2, 27; *Coll. nov.*, 4; 2, 266; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 966).

998. Ma è più dubbio se sia responsabile il mandatario il quale, trovandosi nell'alternativa preveduta dall'art. 1882 (1754) a proposito del comodato (*sopra*, nn. 92 e seg.), cioè nel caso di lasciar perire la cosa sua o quella del mandante, abbia preferito salvare la propria. Noi non vogliam dire che il mandatario sia in colpa ciò facendo. L'argomento cavato dall'art. 1882 (1754) non ci sembra che faccia al caso. La responsabilità così rigorosa imposta al comodatario costituisce una derogazione alla teoria generale delle colpe; sicchè quella disposizione dovrà limitatamente applicarsi al caso per cui fu stabilita. Nè ci persuade gran fatto la distinzione proposta da Troplong (1) tra il mandato salariato e quello gratuito. Secondo noi, il mandatario salariato non è necessariamente in colpa quando salvi la cosa sua a preferenza di quella del mandante, nè il mandatario gratuito può dirsi sempre irresponsabile, quando sagrifichi la cosa del mandante.

Bisogna dunque attenersi piuttosto ad un'altra distinzione, quella medesima che in simil caso facemmo a proposito del depositario (*sopra*, n. 421), fondata sul valore comparativo delle due cose. A buoni conti, il mandatario non deve fare se non ciò che al suo posto avrebbe fatto un buon padre di famiglia a cui fossero appartenute le due cose. Or questi senza dubbio, potendo, avrebbe a preferenza salvato la cosa più preziosa. Il mandatario dunque non incorrerebbe alcuna responsabilità se la cosa sua, che ha salvato, fosse più preziosa di quella che ha fatto perire, appartenente al mandante; questi in tal caso non avrebbe dritto ad alcun risarcimento. Se per contro la cosa del mandante fosse più preziosa, questa il mandatario avrebbe dovuto a preferenza salvare, sagrificando al bisogno la propria: se ciò non ha fatto, egli è in colpa e deve quindi risponderne. Ed in tal caso poco importa se il mandato sia o no salariato: la responsabilità del mandatario sarebbe impegnata in ambidue i casi; però potrebbe aversi ricorso al temperamento indicato nel secondo paragrafo del nostro articolo, applicando la garenzia meno rigorosamente al mandatario gratuito che a quello salariato.

Ma se le due cose fossero di un valore uguale o quasi, la scelta del mandatario per la cosa del mandante sarebbe certamente ispirata da una lodevolissima delicatezza. Ma non crediamo che si possa dirlo obbligato per legge, e dichiararlo quindi responsabile in un modo qualunque per avere a preferenza salvato la cosa propria.

999. Ma come dovrà applicarsi la responsabilità, quando da un canto il mandatario abbia per sua colpa fatto soffrir qualche perdita al mandante, e dall'altro gli abbia procurato dei benefici? Siffatta quistione è stata lungamente discussa; e specialmente si è chiesto se in tal caso le perdite possano e debbano compensarsi coi benefici. Pothier ritiene del no. Le leggi romane, egli dice, facendo tal quistione a proposito di un socio, hanno deciso che questi in tal caso non abbia dritto a compensamento, poichè doveva alla società tutte le sue cure e tutta la sua industria. Per medesimezza di ragione dovrà dirsi lo stesso rispetto al mandatario, il quale, non meno del socio, deve porre tutta la sua diligenza ed abilità nella esecuzione degli affari di cui si incarica, e deve risponderne verso il mandante avendo accettato il mandato. Gli è vero che, per un obbligo di riconoscenza, questi dovrebbe forse ammettere il compensamento; ma la riconoscenza non produce una obbligazione perfetta, nè può dar dritto al mandatario di costringere a ciò il mandante. Così decide anche la Glossa (2).

Parecchi scrittori si sono dichiarati nel medesimo senso, traendo argomento, per analogia, dall'art. 1850 (1722), il quale, in materia di società, consacra espressa-

(1) *Vedi* Troplong (n. 409). — *Conf.* Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 77); Boileux (t. VI, p. 587).

(2) Pothier (n. 32).

mente il principio delle leggi romane ricordato da Pothier (1). Ma nondimeno, presa nella sua generalità, questa soluzione ci sembra troppo severa. Lo stesso Pothier cita antichi scrittori i quali, anzichè seguire la Glossa, ammettevano la compensazione, fondandosi sopra una legge romana secondo cui, « l'amministratore del danaro di una città, il quale ne impieghi parte con un interesse inferiore a quello ordinario, ed il resto con un interesse maggiore, dimodochè, ragguagliato sulla somma totale, l'interesse non sia inferiore all'ordinario, non debba essere condannato per l'impiego fatto ad una ragionata minore. » (L. 11, Dig. *De Usur.*). Noi crediamo, d'accordo con Troplong, che questa legge, assai meglio dell'art. 1850 (1722), abbia relazione colla materia del mandato, e che quindi debba ammettersi la compensazione tra i benefici e le perdite, massime quando si riferiscano al medesimo affare (2). Però, se da una mano riconosciamo che la compensazione può essere ammessa, diciamo dall'altra che ciò sia puramente facultativo, e che quindi se i giudici si negassero a pronunciarla, la loro decisione al proposito non potrebbe essere soggetta alla censura della Corte di cassazione.

1000. Notiamo un'ultima circostanza che può, secondo noi, attenuare nelle sue conseguenze la responsabilità delle colpe commesse nella esecuzione del mandato; quando cioè, invece di offrirsi spontaneamente al mandante, il mandatario abbia più o meno riluttato ad accettare il mandato. Noi sopra vedemmo, nel nostro commentario *Del Deposito* (articolo 1928 (1800), n. 430), doversi la responsabilità applicare più rigorosamente al depositario che si sia da sè stesso offerto per custodire il deposito, anzichè a quello che abbia semplicemente consentito a riceverlo. Or è ben giusto e ragionevole adottare, per analogia, questo medesimo temperamento nella materia del mandato.

Ma il mandatario che abbia accettato il mandato senza avere la capacità o le facoltà necessarie per eseguire lo affare di cui si è incaricato, non avrebbe alcun dritto alla medesima indulgenza; e per contro dovrebbe assolutamente rispondere verso il mandante del danno cagionatogli per sua colpa. Invano si direbbe che al postutto il mandatario rende un servigio, che non bisogna quindi usare con lui *troppo rigore*, e soprattutto esigere da lui *una abilità* di condotta di cui non sia *capace*. L'obbiezione non si regge. Ed invero, non bisogna pretendere dal mandatario l'abilità che gli manca; ma si ha ben dritto a pretendere da lui che consulti le sue forze pria di risolversi ad accettare il mandato, onde, colla sua imprudenza, non distolga il mandante dal fare da sè stesso il negozio, o dirigersi ad un'altra persona più capace di eseguirlo (3).

1993 (1865). — Ogni mandatario dee render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura, quando anche ciò che ha ricevuto, non fosse dovuto al mandante.

SOMMARIO.

I. 1001. Sguardo generale. Il nostro articolo non comprende tutti gli elementi

(1) *Vedi* Delvincourt (note, t. III, p. 241, nota 7); Duranton (t. XVIII, n. 244); Aubry e Rau (t. III, p. 465).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 403 e 433). — *Conf.* Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 147); Taulier (t. VI, p. 524); Boileux (t. VI, p. 586).

(3) Pothier (n. 48).

del conto che deve rendersi dal mandatario; bisogna compierlo cogli articoli 1996, 1999 e 2001 (1868, 1871 e 1873): rimando. Divisione.

II. 1002. L'obbligazione di render conto è inerente al contratto di mandato; nondimeno, vi si può derogare colla convenzione. Adunque la clausola con cui si dispensi il mandatario dall'obbligo di render conto è valida e deve produrre il suo effetto.— 1003. Dicasi lo stesso della clausola con cui lo si dispensi dall'obbligo di dare un conto minuto, o di unire al conto i documenti in appoggio. — 1004. L'obbligazione deve reputarsi adempita quando si depositino nelle mani di un altro mandatario i documenti necessari a quest'ultimo per la esecuzione del suo mandato.

III. — 1005. Delle cose che il mandatario deve annotare ad entrata: sguardo generale. — 1006. Egli è tenuto di render conto di tutto ciò che ha ricevuto in forza della sua procura, quand'anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante: sviluppi.—1007. Deve render conto degli interessi riscossi in onta alla procura che gli dava facoltà di prestare gratuitamente. — 1008. Quid dei guadagni illeciti ricavati nella esecuzione del mandato? Distinzioni.— 1009. Deve tener conto delle cose che avrebbe dovuto riscuotere e non abbia riscosso per sua colpa: eccezioni. — 1010. In generale, non deve comprendere nel conto le cose perdute per caso fortuito o per forza maggiore: eccezioni.—1011. Riepilogo e transizione.

IV. 1012. L'azione per rendimento di conto appartiene al mandante, ai suoi eredi o a coloro che lo rappresentano o sono al suo posto: in generale, non può essere diretta che contro il mandatario personalmente. — 1013. Ma nessun mandatario può esimersi dall'obbligo di rendere il conto: applicazioni.— 1014. L'azione per rendimento di conto si prescrive dopo trent'anni; anche quando sia stata precedentemente intentata contro il mandatario un'azione correzionale per distorno fraudolento, e sia stata seguita da un'ordinanza di non farsi luogo: rimando. Ma qui trattasi della prescrizione liberatoria, e non già di quella acquisitiva: conseguenze.

I. — 1001. Dopo quanto abbiamo detto nella spiegazione dei precedenti articoli, vedesi chiaramente che il nostro non fa che dedurre una conseguenza naturale del contratto, consacrando quel che necessariamente scaturisce dal fatto della accettazione del mandato. Se il mandatario non agisce per conto suo proprio, se tutte le sue operazioni riguardano l'interesse di un mandante o committente, gli è ben naturale che, cessato il mandato per essere stato eseguito lo affare o per qualunque altra causa, ci debba liquidare e restituire a colui per conto del quale ha agito tuttociò che in forza della procura sia pervenuto nelle sue mani. Ciò stabilisce il nostro art. 1993 (1865), dicendo che ogni mandatario dee render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura.

Nulla certamente di più semplice dello adempimento di una tale obbligazione, se il mandato avesse sempre per oggetto uno di quegli affari che, per così dire, si consumano all'istante medesimo, senza lasciare alcuna traccia. Per esempio, voi siete detentore di una somma che mi appartiene, ed accettate il mandato di impiegarla nello acquisto della tal cosa che è posta in vendita: gli è evidente che in tal caso, posto che voi acquistiate la cosa, l'obbligo di render conto si riduce unicamente a consegnarmela, dandomi il dippiù in danaro, se nello acquisto non avete impiegato l'intera somma che tenevate per conto mio. Tutto allora sarebbe tra noi compiuto.

Spesso però il mandato riguarda ben altri affari: può aver per oggetto una catena più o meno lunga di operazioni, nel qual caso può avvenire che il mandatario sia nella necessità di anticipare del suo le spese per eseguire lo affare. La liquidazione diventa allora assai più complicata, essendo necessario un conto stabilito nella forma

ordinaria, cioè un conto in cui, annotandosi le entrate e le uscite, si faccia il bilancio finale, e, nel caso di eccesso da una parte o dall'altra, indichi chi dei due risulti creditore, se il mandante o il mandatario. Di tal conto parla precisamente il nostro art. 1993 (1865). Ma il legislatore parlà unicamente di ciò che deve figurare ad entrata; e ne parla di un modo incompleto, poichè si riferisce principalmente ai capitali: nell'art. 1996 (1868) parla degli interessi, i quali, quando ne siano dovuti al mandante, costituiscono necessariamente uno degli elementi dell'entrata. Quanto alle uscite, non una parola troviamo detta nel nostro articolo, nè in alcun altro di questo capitolo: il legislatore credette più a proposito parlarne nel seguente capitolo, e specialmente negli art. 1999 e 2001 (1871 e 1873).

Noi seguiremo lo stesso metodo indicatoci dalla legge; e, per non isconvolgere l'ordine delle disposizioni, lasceremo per ora da canto tuttociò che si riferisce agli art. 1996, 1999 e 2001 (1868, 1871 e 1873), occupandoci qui esclusivamente dell'obbligazione in sè stessa: diremo quindi come debba eseguirsi, a chi competa l'azione per rendimento di conto, contro chi debba dirigersi e qual ne sia la durata.

II. — 1002. L'obbligazione di render conto è inerente al contratto, ne deriva per conseguenza, e può in certo modo dirsi inseparabile dall'idea di mandato, in quanto che colui che accetta il mandato si obbliga per ciò stesso, anche in mancanza di qualunque stipulazione sul proposito, a render conto della sua amministrazione.

Per altro, l'obbligazione che nasce di pieno dritto dal contratto non sarebbe certo adempita per ciò solo che il mandatario faccia conoscere in massa al suo mandante la somma delle entrate, delle uscite, e quel che rimanga di netto. Egli deve presentare un conto propriamente detto, un conto nella forma ordinaria, cioè uno stato particolare delle entrate e delle uscite, il riepilogo del bilancio, unendovi tutti gli elementi giustificativi in buona regola. Il mandante può anche esigere la comunicazione dei libri e giornali che fossero stati tenuti per l'amministrazione (1). Così deve il mandatario adempire la sua obbligazione di render conto, non bastando a ciò una semplice liberazione, per quanto siasi generale. Infatti, è stato giudicato, che il mandatario che abbia ricevuto somme dal suo mandante, può esser tenuto a presentare un conto particolare del loro impiego, quantunque gliene sia stata data una quitanza generale, se non l'abbia precedentemente rimesso al mandante, di modo che questi sia stato nella impossibilità di verificare se contenga errore, omissioni, partite false o ripetute (2).

1003. Ma se l'obbligazione di rendere il conto è una conseguenza necessaria della idea di mandato, ne segue *forse che* sia talmente essenziale al *contratto da non potersi* stipulare il *contrario*, e *liberarne* il mandatario colla convenzione? Siffatta quistione si è presentata; ma atteso le circostanze speciali della causa non può dirsi che sia stata risoluta chiaramente ed in principio. Nella specie, Pietro Paris, trovandosi momentaneamente in Francia ed essendo sul punto di ritornare a S. Domingo ove da lungo tempo dimorava, diede, con atto dei 25 gennaro 1785, facoltà a suo padre, Antonio Paris, di godere di tutti gli animali e mobili a lui appartenenti nel fondo di *Bourdieu*, non che di vendere ed alienare quegli animali e mobili che credesse, ed il fondo medesimo, autorizzandolo in tal caso a ricevere il prezzo della vendita ed impiegarlo, del pari che i ricolti degli immobili, come se ne fosse proprietario, *senz'obbligo di render conto a chicchessia*. — Morto il mandante, i suoi eredi, senza badare a quest'ultima clausola, chiesero all'erede

(1) Bruxelles, 13 genn. 1820 (S.V., *Coll.nov.*, 6, 2, 184; Dalloz, *Racc. alf.*, 19, 736).

(2) Nancy, 25 aprile 1844 (S.V., 45, 2, 151; Dalloz, 44, 2, 139).

del mandatario, parimente morto, il conto; che difatti fu ordinato in prima istanza. Ma in appello la decisione fu annullata dalla Corte di Bordeaux, pel motivo che, non potendosi, ai termini della convenzione, chiedere alcun conto al mandatario medesimo, non poteasi nemmeno chiederlo agli eredi di lui. Il reclamo portatone alla Corte suprema fu ammesso dalla camera dei ricorsi, sicchè potrebbe credersi che la decisione della Corte di Bordeaux non le fosse sembrata incensurabile: ma innanzi la camera civile i convenuti nel ricorso invocarono in loro difesa le circostanze particolari della causa: fecero anzitutto notare che nella specie, avendo dispensato il mandatario dall'obbligo del conto, Pietro Paris avea voluto fare un lieve sagrifizio in favore di Antonio Paris, suo padre; che, acquistata una considerevole ricchezza, spinto dal suo rispettoso attaccamento verso il padre, che giaceva nella miseria, egli erasi creduto moralmente obbligato a procurargli qualche soccorso alimentario; che la dispensa di render conto era un modo di adempire le disposizioni della legge che obbliga i figli a somministrare gli alimenti ai loro genitori che ne siano bisognosi; che quindi la Corte di Bordeaux avea potuto rispettare una tale convenzione ed ordinarne la esecuzione, mentre per altro la legge non determina alcuna forma per le obbligazioni alimentarie tra i genitori e i loro figli. E la camera civile rigettò il ricorso ispirandosi a queste idee: infatti, come è detto nelle sue considerazioni, la impugnata decisione, consacrando la dispensa dall' obbligo di render conto, non avea fatto che uniformarsi ai termini della convenzione e *regolarsi secondo le qualità e la condizione dei contraenti* (1).—Adunque, la quistione non fu risoluta in tesi generale; poichè nella specie, in cui il mandato chiaramente appariva come un atto di pietà filiale, la soluzione fu evidentemente ispirata dalle circostanze, e tutto al più potrebbe invocarsi come un precedente giudiziario (2). Però, secondo noi, essa deve generalmente applicarsi; avvegnachè le regole costitutive del mandato, accordando al mandante un' azione per rendimento di conto contro il mandatario, non vietino per niun modo alle parti di stipulare il contrario, dispensando quest'ultimo dall' obbligo di render conto. In alcuni casi, egli è vero, può darsi che tal clausola sia contraria all'ordine pubblico ed ai buoni costumi, ed allora dovrebbe necessariamente reputarsi come non scritta; ma poichè per sè stessa non è certo nè illecita, nè immorale, deve quindi, per regola generale, essere rispettata e dichiarata valida.

Con più buona ragione potrebbe stipularsi una clausola con cui, senza liberare assolutamente il mandatario dall'obbligo di render conto, gli si permetta di presentarlo *in massa*, o si dispensi dal produrre in appoggio i documenti giustificativi. È stato anzi giudicato, che un mandatario il quale pruovi di avere impiegato in estinzione di debiti del suo mandante le somme per conto di quest'ultimo riscosse, può esser dispensato dall'obbligo di rendergli un conto formale, quantunque la dispensa non sia scritta nel mandato (3). In ciò forse vi è dell'esagerazione; imperciocchè se la giustificazione dello impiego dimostra che il mandatario non rimane debitore del mandante, non è questa una ragione per esimerlo dall'obbligo di dare un conto in regola, onde quest'ultimo possa esaminare tutte insieme le operazioni e vedere se vi siano errori od omissioni in suo danno (*sopra*, n. 1002). Ma ad ogni modo la decisione ci mostra, che se la dispensa di rendere un conto in regola o di produrre i documenti in appoggio sia inserita nella convenzione, i tribunali non esiterebbero un momento a considerarla come valida ed efficace.

Però è importante notare, che se queste

(1) Rig., 24 agosto 1831 (S. V., 31, 1, 316; Dalloz, 31, 1, 293).

(2) *Vedi* intanto Troplong (n. 415).

(3) Ric., 11 genn. 1843 (S. V., 43, 1, 443; Dalloz, 43, 1, 166).

clausole, specialmente quella che dispensi assolutamente il mandatario dall'obbligo di render conto, non mutano l'essenza del mandato, poichè lo lasciano sussistere, imprimono sempre alla convenzione un certo carattere di liberalità. Dal che noi caviamo una doppia conseguenza : da una mano, che la dispensa dall'obbligo del conto può essere efficacemente convenuta tra persone che abbiano la capacità di dare e ricevere a titolo gratuito; d'altra mano, che anche quando la dispensa sia chiaramente stipulata tra persone capaci, pure sarà sempre indispensabile rendere un conto se, in forza delle regole essenziali riguardanti le liberalità, possano esser soggetti a collazione, riduzione o revoca i benefici che il mandatario ha ritratto dal mandato.

1004. Aggiungiamo da ultimo, potersi considerare come eseguita l'obbligazione di render conto, quando il mandatario depositi i documenti che erano in suo possesso nelle mani di un altro mandatario a cui quelli siano necessari per la esecuzione del suo mandato: in tal caso si reputa che il mandatario abbia fatto la consegna per ordine del mandante. Così fu giudicato dalla Corte di cassazione in una specie in cui un patrocinatore, incaricato di rendersi aggiudicatario di immobili in nome del suo cliente, avea consegnato la spedizione della aggiudicazione al notaro che dovea soddisfarne il prezzo per conto dello stesso mandante (1).

III.—1005. Vediamo ora quali cose deve il mandatario *corrispondere al mandante*, cioè comprendere tra le entrate nel conto che rende. Secondo il testo del nostro articolo, il conto deve comprendere *tutto quello che il mandatario ha ricevuto in forza della sua procura, quand'anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante.* Ma ciò non è tutto; infatti, come sorge dalle precedenti osservazioni, il mandatario deve inoltre comprendere tra le attività, primieramente i danni ed interessi da lui dovuti al mandante, quindi tutto ciò che avrebbe potuto riscuotere, ma non ha riscosso per sua colpa, infine, almeno in taluni casi, ciò che ha perduto senza sua colpa. Ecco in generale gli elementi del conto, per la parte delle attività. Noi vi torneremo successivamente, meno pei danni ed interessi, pei quali possiamo riferircene alle spiegazioni date nel commento del precedente articolo.

1006. Ed in prima, il mandatario deve comprendere nelle attività o corrispondere al mandante *tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura*. Ciò è evidente, perciocchè, essendo un semplice rappresentante, egli non ha potuto nulla ricevere, direttamente o indirettamente, se non se in nome di colui che ha rappresentato e per conto del quale ha agito. Il nostro articolo non eccettua nemmeno dalla regola le cose consegnate al mandatario, sebbene non dovute al mandante : il mandatario deve corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura « *quand'anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante.* » Ed anche ciò è evidente; poichè il mandatario, non agendo in suo nome, non deve risolvere quistioni di proprietà o di obbligazione, che potrebbero riuscire difficili, e che ad ogni modo sono per lui senza interesse. Ed infatti non potrebbero certo contro di lui dirigersi le azioni reali o personali nate in occasione delle cose da lui ricevute in forza del mandato; il solo mandante dovrebbe difendersi contro tali azioni, poichè realmente nel suo solo interesse quelle furono date o pagate : è ben naturale adunque che il mandatario se ne incarichi nel suo conto.

Nondimeno, se egli scopra che la cosa da lui ricevuta per conto del mandante sia stata rubata, e chi ne sia il vero padrone, potrebbe senza dubbio, facendo quel che in caso simile ha obbligo di fare il depositario (art. 1938 (1810), *sopra*, nn. 481 e seg.), denunciare al padrone la consegna ricevuta, intimandogli di reclamarla. Ma egli

(1) Ric., 5 genn. 1852 (S. V., 53, 1, 216; Dalloz, 52, 1, 50; J. P., 1854, t. I, p. 38).

non ha per ciò alcun obbligo; la sua condizione a tal rispetto differisce da quella del depositario: esse. invece di prevenire il vero padrone, consegni al mandante la cosa rubata, la sua responsabilità sarà in salvo ed egli sarà protetto dallo articolo 1993 (1865).

1007. Se il mandatario, incaricato di prestare gratuitamente una somma di danaro ad una persona determinata, non curandosi delle indicazioni della procura, stipuli e riscuota gli interessi, dovrà comprenderli nel suo conto. Ciò per conseguenza necessaria del principio che l'obbliga a corrispondere tutto ciò che ha ricevuto in occasione del mandato.

Ma dovrà dirsi il medesimo se, non tenendo affatto conto della forma della procura, abbia fatto il prestito ad un'altra persona? Il dubbio nasce da ciò che, siccome allora il mandante non corre alcun rischio per la insolvibilità del mutuatario, può ben dirsi che il prestito sia fatto dal mandatario a suo rischio e pericolo. Su ciò appunto fondandosi, la legge romana permetteva in tal caso al mandatario di tenere per suo conto gli interessi (l. 10, § 8, Dig. *Mand.*). Ma Troplong dice, e con ragione, non potersi oggi seguire la medesima decisione; poichè al postutto il mandatario ha violato la forma del mandato, nè può trarre argomento dalla sua colpa per procurarsi un vantaggio (1).

1008. Ma se il mandatario deve comprendere nel conto tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura, si dirà forse che debba anche corrispondere al mandante i benefici *illeciti* da lui ottenuti nella esecuzione del mandato? Siffatta quistione, intorno alla quale tanto si è detto dagli scrittori, devesi risolvere con una distinzione. Gli illeciti guadagni possono ottenersi dal mandatario, o in occasione di una procura o di un mandato che per sè stesso non abbia nulla di illecito, o come conseguenza diretta della procura che abbia appunto per oggetto tal sorta di benefici.

Nel primo caso, il mandatario deve indubitatamente portare a riscossione i benefici illeciti da lui ottenuti. Nondimeno rileviamo da una decisione che il mandante non avrebbe azione per reclamare gli interessi usurari delle somme impiegate dal mandatario in virtù del mandato (2). Però

(1) *Vedi* Troplong (n. 417). — *Junge*: Dalloz, (n. 250); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 44. nota 14); Boileux (t. VI, p. 588 e 589).

(Ecco quel che dice Troplong a tal proposito:

« Ma se il mandatario abbia prestato la somma a suoi rischi e pericoli; se, per esempio, invece di prestarla a Tizio, siccome voleva il mandante, l'abbia prestata a Sempronio cogli interessi, esponendosi in tal modo al pericolo del non pagamento per parte di quest' ultimo; in tal caso, Ulpiano, d'accordo con Labeone, decide aver egli dritto di tenere per sè gli interessi, giusta la regola: *Cujus est periculum damni, ejus quoque lucrum esse debet.* Paolo dà una decisione analoga relativamente al socio il quale, in suo nome ed a suoi rischi, dia in prestito il danaro della società, in forza sempre del principio che gli interessi sono il prezzo d' un rischio che il mutuante ha corso, e di cui pare giusto in conseguenza ch'ei ritenga i guadagni. — Ma, siccome noi non seguiamo la decisione di Paolo per ciò che riguarda il socio (l'art. 1846 (1718), § 1, lo dice espressamente), così per medesimezza di ragione dobbiamo rigettare l'opinione d'Ulpiano per ciò che riguarda il mandatario. Ed invero, che cosa ha fatto quest'ultimo? Egli ha violato la forma, e con ciò si è posto necessariamente in mora. e la cosa è passata a suoi rischi. Or come potrebbe egli mai farsi scudo della sua colpa, del suo ritardo, per crearsi un guadagno? Si comprende benissimo che, quando una cosa è naturalmente e legalmente a rischio di una persona, questa debba ritrarne i profitti. Ma il principio di Ulpiano sembraci difficilmente applicabile quando il rischio è la conseguenza e la punizione di una trasgressione. Il mandatario il quale distorna la cosa dalla destinazione indicata dal mandato, se ne serve pei suoi bisogni, e vuol farne una sorgente di profitti per sè medesimo, è un mandatario infedele: ei commette un delitto, e, al pari del depositario il quale siasi servito della cosa depositata pei suoi bisogni, ne deve di pieno dritto gli interessi. Or come pretendere ch'ei non sia tenuto a dar conto degli interessi che effettivamente abbia ritratto in conseguenza del suo distorno? Certamente, nella sottigliezza del dritto romano, poteva non accordarsi l'azione *mandati* onde ottenere precisamente il pagamento delle usure stipulate dal mandatario. Ma il mandante avea il dritto ai danni ed interessi per la violazione del mandato, aveva il dritto di ripetere gli interessi sin dal giorno in cui il mandatario aveva impiegato la somma a suo uso. Oggi noi non facciamo queste distinzioni astruse tra le diverse specie di azioni; noi andiamo diritto allo scopo, cercando di evitare le giravolte della forma »)

(2) Metz, 6 febb. 1821 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 314). — *Vedi* pure Dalloz (*Nov. Rep.*, alla parola *Mandato*, n. 250); Boileux (t. VI, p. 590).

quella decisione non si regge; avvegnachè, essendo per sè stesso valido il mandato, debbasi necessariamente applicare la regola secondo cui l'obbligazione di render conto si estende *a tutto ciò che il mandatario ha ricevuto*; nè si potrà certo derogarvisi in favore del mandatario, quando ha commesso un delitto. È questa l'opinione generalmente seguita (1); alla quale ci uniformiamo pei medesimi motivi per cui risolvemmo la medesima quistione contro il depositario, obbligato dall' art. 1936 (1808) a restituire al deponente tuttociò che sia stato prodotto dalla cosa depositata (*sopra*, n. 469).

Nel secondo caso, cioè quando il mandato sia per sè stesso illecito, il mandatario non deve dar conto al mandante di ciò che abbia ricevuto; e ciò perchè allora il mandato è nullo e come non avvenuto. Laonde, come sopra dicemmo (n. 816), essendo non solamente annullabile, ma inesistente, non può ingenerare alcuna obbligazione, nè contro il mandatario per obbligarlo ad eseguire o a render conto, nè contro il mandante per costringerlo a rendere indenne il mandatario delle sue anticipazioni o spese.

Ciò è parimente ammesso dagli scrittori, ed anche più generalmente (2). Nondimeno Troplong, il quale per altro si pronuncia anche in questo senso, propone una eccezione per il caso in cui il mandatario, per errore o prevaricamento del giudice, abbia ottenuto, rispetto a coloro con cui ha trattato, la liquidazione delle operazioni illecite: in tal caso, egli crede, sull'autorità di due leggi romane da lui citate, che il mandante potrebbe invocare la cosa giudicata per obbligare il mandatario a corrispondergli il valore della liquidazione (3). Ma, a modo nostro di vedere, la eccezione non può ammettersi in questi termini. E primieramente, lasciamo da canto le due leggi romane su cui vuolsi fondare: l'una, la legge 8, Dig. *de Negot. gest.*, nella quale per altro non ritrovasi il § 4 invocato da Troplong, poichè non contiene alcuna disposizione concernente la nostra quistione; l' altra, la legge 46, § 4, Dig. *De Procurat.*, poichè nulla dice intorno alla restituzione che debba fare il mandatario dei *benefici illeciti* permessi nel mandato, ma dice soltanto che il mandatario dovrà rendere *più di quanto abbia realmente ricevuto*, quando, *per errorem aut injuriam judicis*, sia stato condannato a fare una restituzione maggiore. Ma, venendo alla eccezione in sè stessa, come mai la liquidazione di operazioni illecite, *ottenuta dal mandatario in favore del mandante*, potrebbe per sè sola obbligare il mandatario a render conto del risultato delle operazioni liquidate, quando in realtà il mandato non esiste perchè illecito, ed il mandatario potrebbe sempre disconoscerlo? Adunque, per ammettere la eccezione, non basterebbe una sentenza di liquidazione tra il mandatario e coloro con cui abbia trattato, ma sarebbe indispensabile una sentenza direttamente pronunziata contro lo stesso mandatario, che lo condanni a restituire al mandante i benefici o vantaggi di cui si tratta: ed anche allora l'obbligazione di restituire imposta al mandatario non deriverebbe già dal mandato, ma dalla stessa sentenza, come avviene ogniqualvolta una sentenza passata in cosa giudicata condanni una persona ad una prestazione che realmente non doveva.

1009. Il conto deve comprendere non solo le somme e le cose ricevute in forza della procura, ma anche, come dicemmo, tutte quelle che il mandatario dovea ricevere e non abbia ricevuto per sua colpa (4). Il mandatario non potrebbe esimersi da tale obbligazione, sotto il pretesto che siasi scrupolosamente uniformato agli ordini del

(1) *Vedi* Troplong (nn. 422 e seg.); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 44, nota 14); Taulier (t. VI, p. 525); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 459).

(2) *Vedi* gli scrittori citati nelle due note precedenti.

(3) *Vedi* Troplong (n. 421). — *Junge*: Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 44, nota 14).

(4) *Vedi* Pothier (n. 51).

mandante. Per modo d'esempio se, incaricato di vendere la tal cosa ad un prezzo determinato nella procura, si provi che, volendo, avrebbe potuto facilmente ricavarne un prezzo maggiore, dovrà rispondere della differenza; perciocchè, da buon padre di famiglia, egli avea obbligo di ritrarre dalla cosa tutto quello che potea, ed è sua la colpa se non comprese che, nel mandato di vendere *per una somma determinata*, devesi, come dice Pothier, sottintendere « *o più, se sia possibile.* » Con più buona ragione non potrebbe essere ammesso a dar conto del solo prezzo indicato nella procura, quando realmente abbia venduto la cosa per un prezzo maggiore; egli allora, ricusandosi a dichiarare il prezzo reale, sarebbe colpevole di dolo, e i giudici dovrebbero da loro medesimi fare la valutazione (1). Parimente, se il mandatario incaricato di acquistare per un prezzo determinato, abbia comprato a questo prezzo, mentre avrebbe potuto comprare per meno, dovrebbe rispondere della differenza, poichè, come dice pure Pothier, nel mandato di comprare *per una somma determinata*, devesi sottintendere « *o meno, se sia possibile.* »

1010. Infine, veniamo alle somme e alle cose che il mandatario abbia potuto perdere senza sua colpa. In generale, egli non deve comprenderle nel conto, per conseguenza diretta della regola secondo cui il mandatario non risponde dei casi fortuiti o di forza maggiore (*sopra*, n. 992). Ma a ciò devonsi fare talune eccezioni, come sorge dalle nostre precedenti osservazioni.

Ed in prima, il mandatario può avere assunto a suo carico i casi fortuiti, o trovarsi in mora quando quelli siano avvenuti: in tal caso ei dovrà risponderne secondo il dritto comune (*sopra*, n. 996), e quindi, dovrà comprendere nel suo conto tuttociò che sia perito per caso fortuito o per forza maggiore.

Inoltre, per una regola speciale, se il mandatario avesse ricevuto una indennità per ragione di tali perdite, dovrebbe corrisponderla al mandante e comprenderla nel suo conto (2).

Infine, il mandatario non sarà liberato per la perdita della cosa, e quindi dispensato dall'obbligo di comprendere nel conto la cosa perduta, se non quando trattisi di corpi certi. Non potrebbe dirsi lo stesso pei debiti di genere, *genera non pereunt.* Se dunque il mandatario perda una somma di danaro, anche senza sua colpa, dovrà sempre renderne conto al suo mandante. Non così però se il danaro appartenente a quest'ultimo sia racchiuso in sacchi, cioè individualizzato in modo da non potersi confondere coi danari propri del mandatario. Ma tal quistione riguarda più il deposito che il mandato: il mandatario allora dovrebbe trattarsi come un depositario irregolare, sicchè a tal rispetto possiamo riferircene alle nostre osservazioni sugli art. 1932(1804) e seg. (*sopra*, nn. 452 e seg.).

1011. Adunque, riepilogando, il mandatario deve annotare tra le attività, nel modo indicato nei numeri precedenti: 1° tutto quello che abbia ricevuto in forza della procura; 2° tutto quello che avrebbe dovuto ricevere,

(1) Parigi, 25 settembre 1812 (S.V., *Coll. nov.*, 4, 2, 189).

(2) *Vedi* Troplong (n. 434).— (Esempio addotto da Troplong, cavato dalle decisioni della Rota di Genova. « Un certo Pinelli aveva dato a Bordoni di Genova la commissione di portare e vendere in Algeri alcune balle di tela. Cammin facendo, i pirati si impadronirono della nave, dissiparono le mercanzie e fecero prigioniero l'equipaggio. Bordoni, il quale aveva un salvo-condotto per il Bey, ebbe mezzo di presentarsi a lui; e, avendogli fatto osservare che la buona fede ed il rispetto dovuto ad un salvo-condotto erano stati violati dai suoi sudditi, ottenne per indennità una somma considerevole. Di ritorno a Genova, Bordoni fece il suo conto con Pinelli; ma credette essere sufficiente provare la perdita avvenuta per forza maggiore onde restare sciolto da ogni obbligo verso il suo mandante, e che della indennità ricevuta in Algeri dovesse egli solo goderne. Ma era questo per parte sua o un errore grossolano, o un atto di malafede. La Rota di Genova (*decis.* 157) lo condannò a render conto delle somme che aveva ricevuto dai pirati, salvo a farsi indennizzare delle sue perdite personali e di ciò che abbia erogato). »

ma non ha ricevuto per sua colpa; 3° i danni ed interessi da lui dovuti al mandante; 4° infine, e alle volte, ma per eccezione, ciò che ha perduto anche senza sua colpa. E qui cadrebbe in acconcio porre a riscontro di questi elementi dell' entrata ciò che riguarda l' uscita, o, come dice Pothier (1), il conto delle anticipazioni e quello dei rimborsi. Però, come già osservammo, il legislatore parla di ciò nel seguente capitolo, ove anche noi ne parleremo. Qui solo diciamo, a modo di avvertimento, che quando tra le entrate si comprendano somme di danaro, potrà il mandatario compensare fino alla concorrenza, trattenendosi quelle che abbia erogato per la esecuzione del mandato: se però trattisi di corpi certi, il mandatario dovrà in tutti i casi restituirli al mandante, non essendo allora possibile la compensazione (Cod. Nap., articoli 1291 e 1293 (1245 e 1247)) (2).

Ciò posto, venendo all'ultima parte delle nostre osservazioni sull'art. 1993 (1865), diremo a chi appartiene l' azione per rendimento di conto, contro chi dev' essere diretta, e come può prescriversi.

IV. — 1012. L'azione per rendimento di conto appartiene al mandante, ai suoi eredi o a coloro che lo rappresentano o sono al suo posto. In quest'ordine di idee, è stato giustamente deciso che, quando il mandato sia stato conferito da un tale colla qualità di erede, se avvenga che il mandante sia spogliato di tal qualità, l' azione per rendimento di conto contro il mandatario appartiene a colui che ne sia diffinitivamente investito (3).

Per altro, come ben si comprende, l'azione non può dirigersi se non contro il mandatario personalmente, salvo però il dritto del mandante di agire direttamente contro le persone sostituite dal mandatario, come diremo nel commentario dell'articolo seguente (*infra*, nn. 1024 e seg.). Eccetto questo caso, il conto dovrà chiedersi al mandatario personalmente. Ciò per altro spiegasi da sè stesso; e la Corte di cassazione lo ha recentemente consacrato, decidendo che il mandato dato da un membro di una comunità religiosa autorizzata, ad un altro membro della stessa, di fare una vendita e riceverne il prezzo, non darebbe dritto al mandante di chiedere il conto contro la medesima comunità, se non sia provato che il mandatario abbia agito per essa, e che in tal caso l' azione potrebbe soltanto dirigersi contro il mandatario personalmente.

1013. Ma nessun mandatario può esimersi dall'obbligo di rendere il conto. Gratuito o salariato, il mandato ingenera questa obbligazione che deve necessariamente adempirsi dal mandatario, tranne che non ne sia stato dispensato per convenzione (*sopra*, n. 1003). La stessa moglie, mandataria del marito, vi è tenuta come qualunque altro mandatario, e nello stesso modo (4). La medesima obbligazione incombe pure, in generale, al marito mandatario della moglie. Nondimeno, se in forza di un mandato tacito della moglie, egli abbia amministrato i beni di cui quest'ultima avea il godimento per effetto delle stipulazioni matrimoniali, non dovrà render conto se non dei frutti ancora esistenti allo scioglimento del matrimonio (Cod. Nap., articolo 1539 e 1578 (T c 1391)).

In un altro ordine di idee, la giurisprudenza fa una limitazione analoga, in senso inverso, in favore delle comunità religiose autorizzate, secondo i statuti delle quali le rendite dei membri che ne fanno parte spettano alla comunità. Infatti, è stato deciso che il mandatario incaricato di riscuotere le rendite per pagarle alla comunità abbia

(1) Pothier (nn. 53 e 55).
(2) Pothier (nn. 58 e 59).
(3) Parigi, 4 maggio 1811; Cass., 14 ottobre 1812; Rouen, 27 aprile 1814 (S. V., 11, 2, 246; 13, 1, 144; *Coll. nuo*., 4, 1, 202; 2, 386; Dalloz, 13, 1, 46; 17, 2, 108).
(4) Ric., 8 maggio 1861 (S.V., 61, 1, 620; J.P. 1861, p. 1029; Dalloz, 61, 1, 279).
(5) Ric., 18 dic. 1834 (S.V., 36, 1, 849; Dalloz, 36, 1, 140).

sì obbligo di rendere il conto, ma pei soli capitali, non potendoglisi nè dal mandante nè dai suoi rappresentanti chieder conto delle rendite o dei frutti (1).

1014. L'azione del mandante contro il mandatario per chiedere il rendimento del conto si prescrive dopo trent'anni, come qualunque altra azione in generale; e ciò anche quando sia stata precedentemente intentata contro il mandatario un'azione correzionale per distorno fraudolento della cosa che era incaricato di ricevere, la quale azione sia stata seguita da un'ordinanza di non farsi luogo (2). Ed invero nel caso nostro non trattasi di vedere se l'azione civile risultante da un fatto qualificato crimine o delitto sia, come la pubblica, soggetta alla prescrizione di dieci e di tre anni stabilita dagli art. 637 e 638 del Codice d'istruzione criminale (137 a 149 Codice penale italiano), quistione delicata che la dottrina e la giurisprudenza inclinano a risolvere affermativamente (3). Ma trattasi di un'azione ordinaria, che ha la sua origine, non in un fatto delittuoso o criminale, ma in un dritto di proprietà, un'azione ordinaria che mira non alla riparazione o all'interesse civile risultante da un crimine o da un delitto, ma alla riscossione e alla restituzione di somme o cose appartenenti al mandante (4). È dunque evidente che una tale azione, come qualunque altra azione, non può prescriversi se non dopo trent'anni.

Il termine della prescrizione comincia naturalmente a correre dal giorno in cui è nata l'obbligazione di render conto, cioè dal giorno in cui sia cessato il mandato, per avere il mandatario ricevuto la cosa per conto del mandante. La Corte di Parigi ha fatto una notevole applicazione di questa regola in una specie giudicata col nostro concorso. Un mandatario incaricato di ricevere le somme dovute ad una successione aperta nel 1809, non che le pigioni, annualità ed interessi corsi e da correre delle rendite ed immobili da quella dipendenti, avea costantemente conservato una iscrizione di rendita appartenente alla successione, e ricevutene le annualità nella sua qualità di mandatario, non ostante la rinuncia degli eredi. Questo stato di cose durò fino al 1835, nel qual tempo il mandatario cessò di riscuotere le annualità della rendita, che furono quindi devolute al Demanio, non essendo stata accettata la successione. Nel 1855, il Demanio, immesso già da due anni nel possesso diffinitivo della successione, reclamò contro gli eredi del mandatario il conto delle annualità da quest'ultimo riscosse dal 1809 al 1835. I convenuti non mancarono di opporre la prescrizione trentennaria, sostenendo che il Demanio non avesse più dritto a reclamare, nel 1855, le annualità percepite dal loro autore fin dal 1809. Ma la Corte decise che, avendo il mandatario continuato fino al 1835 la esecuzione del suo mandato primitivo ed unico, ricevendo fino a quel punto i semestri della rendita, la prescrizione in favore del mandatario contro i suoi mandanti o i loro aventi dritto non avea potuto cominciare a correre se non dal detto anno 1835, in cui cessò il mandato; ma che non essendo ancora scorsi trent'anni alla data della citazione spinta dal Demanio, gli eredi del mandatario non aveano dritto ad opporre la prescrizione (5).

Del resto, come ben si comprende, trattasi qui pel mandatario della prescrizione

(1) Rig. 22 dic. 1851 (S.V., 52, 1, 33; Dalloz, 53, 1, 37; J. P., 1852, t. I, p. 133).

(2) Ric., 16 aprile 1845 (S.V., 45, 1, 494; Dalloz, 45, 1, 266; J. P., 1845, t. II, p. 641).

(3) Specialmente Cass., 3 agosto 1841 (S.V., 41, 1, 753; Dalloz, 41, 1, 318); 29 aprile 1846 (S. V., 46, 1, 413; Dalloz, 46, 1, 143; J. P., 1846, t. I, p. 719); Bordeaux, 31 luglio 1848 (S. V., 49, 2, 81; Dalloz, 49, 2, 74; J.P., 1849, t. I, p. 664).— *Junge*: Mangin (*Azione pubblica*, t. II, n. 363); Duranton (t. XXI, n. 102); Boitard (*Lezioni sul Cod. d'istr. crim.*, 5ª ediz., n. 981); Faustin Hélie (*Istruz. crim.*, ediz. italiana, t. I, pag. 709 e seg., e la nota (a) della traduzione).

(4) Ric., 23 genn. 1822 (S. V., 22, 1, 316; *Coll. nov.*, 7, 1, 14; Dalloz, 22, 1, 199); 6 lug. 1829 (S.V., 29, 2, 319; *Coll. nov.*, 9, 1, 324; Dalloz, 29, 1, 292).

(5) Parigi, 5 nov. 1859 (J.P., 1859, p. 1087).

liberatoria: il suo stesso titolo non gli permette di parlare della prescrizione acquisitiva, poichè egli possiede in nome altrui, ed il suo possesso è precario. Laonde potrebbe il mandante, anche dopo trent'anni, esercitare contro il mandatario un' azione di rivendica per gli immobili posseduti da quest' ultimo o dai suoi eredi (Cod. Nap., art. 2236 e 2237 (2142 e 2143)). Ma quanto alle cose mobili, e specialmente alle somme di danaro ricevute dal mandatario con tal qualità, non potrebbe il mandante agire per la restituzione; perciocchè, mancandogli l' azione di rivendica (Cod. Nap., art. 2279 (2185)), dovrebbe reclamarle fondandosi sull'obbligazione imposta al mandatario di restituirgliele, cioè esercitando l' azione personale risultante dal mandato. Ma prescritta quest' azione, il mandatario sarà liberato: e il mandante, a differenza di ciò che avviene nella prescrizione acquisitiva, non potrebbe opporgli la precarietà del possesso (1).

1994 (1866). — Il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza:

1° quando non gli fu accordata la facoltà di sostituire alcuno;

2° quando una tal facoltà gli fu conceduta senza indicazione della persona, ed egli abbia scelto quella che era notoriamente incapace o insolvibile.

In tutti i casi può il mandante direttamente agire contro la persona sostituita dal mandatario.

SOMMARIO.

I. 1015. Osservazione preliminare: oggetto dell'art. 1994 (1866). Ipotesi o circostanze diverse in cui può aver luogo la sostituzione. Divisione.

II. 1016. Prima ipotesi. *Quando la procura non permette nè vieta espressamente al mandatario di sostituire alcuno nella sua incumbenza: in questo caso, il mandatario potrà fare la sostituzione; facendola, non commette una colpa: però è responsabile dei fatti del sostituito, per conseguenza della obbligazione impostagli di render conto della esecuzione del mandato: controversia. — 1017. Applicazioni. — 1018. Conseguenze: il mandatario risponde dei fatti del sostituito, come se fossero da lui personalmente eseguiti; ma non ne risponde altrimenti. Dissentimento con alcuni scrittori.*

III. 1019. Seconda ipotesi. *Quando la procura conferisce al mandatario la facoltà di sostituire qualcheduno: distinzione.— 1020. Del caso in cui sia indicata nella procura la persona che può il mandatario sostituire: in tal caso la persona del mandatario primitivo scomparisce assolutamente; riserve.—1021. Del caso in cui non sia indicata la persona da sostituire: il mandatario, per principio, non risponde della condotta del sostituito; ma ne risponde, per eccezione, quando abbia scelto una persona notoriamente incapace o insolvibile, anche quando il mandato non sia salariato. — 1022. La facoltà di sostituire può essere tacita od espressa.*

IV. 1023. Terza ipotesi. *Quando la procura vieta al mandatario di sostituire alcuna persona nella sua incumbenza: in questo caso, il solo fatto di sostituire una persona costituisce pel mandatario una colpa che lo rende responsabile dei casi fortuiti e di forza maggiore sopravvenuti nelle mani del sostituito. Il divieto può essere espresso o tacito: ma non devesi facilmente presumere: esempi.*

V. 1024. Dell' azione diretta accordata al mandante contro la persona sostituita. Per una giusta reciprocanza deve

(1) Ric., 29 luglio 1828 (S.V., 28, 1, 429; Coll. nov., 9, 1, 144; Dalloz, 28, 1, 359).

anche accordarsi, sebbene la legge non lo dica, al sostituito contro il mandante. Utilità e vantaggio dell'azione diretta. — 1025. Ma, per quanto siano generali i termini della legge, l'esercizio di questa azione è soggetto a talune restrizioni necessarie, specialmente quando il mandatario primitivo abbia fatto la sostituzione in suo nome e senza far conoscere al sostituito il suo mandato. — 1026. Continuazione ed applicazione.

VI. 1027. Passaggio ai rapporti che nascono, per effetto della sostituzione: 1° tra il mandante e i terzi con cui il sostituito ha contratto: rimando; —1028. 2° Tra il mandatario e il sostituito; — 1029. 3° Tra il mandatario e i terzi che hanno trattato col sostituito; — 1030. 4° Tra il sostituito e i terzi con cui contrae: rimando.

I. — 1015. La sostituzione di mandatario, cioè il fatto per cui un mandatario costituito confida ad un altro la esecuzione, totale o parziale, del mandato di cui si è incaricato, è stata a ragione riguardata come una delle parti più difficili della nostra materia. L'art. 1994 (1866), che segue immediatamente il testo in cui è consacrata l'obbligazione imposta al mandatario di render conto, stabilisce come, quando e in qual modo il fatto della sostituzione impegni la responsabilità del mandatario, come ed in qual modo quest'ultimo debba comprendere nel suo conto l'amministrazione della persona che ha sostituito. Di ciò dobbiamo principalmente occuparci nel commentario di questo articolo, tenendo anche parola di alcuni punti che accessoriamente vi si rannodano. E onde esporre con chiarezza questa parte importante del nostro subbietto, e risolvere le numerose difficoltà che fa nascere, esamineremo distintamente le tre ipotesi in cui può aver luogo la sostituzione: 1° quando la procura non permette nè vieta al mandatario di sostituire alcuno nella sua incumbenza; 2° quando conferisce a quest'ultimo la facoltà di sostituire: 3° quando contiene un divieto formale. Parleremo in seguito dell'azione diretta accordata al mandante contro la persona sostituita, della estensione di tale azione e delle restrizioni che vi si debbono fare. Infine, dopo tutti questi particolari, che faranno conoscere i rapporti per effetto della sostituzione creati tra il mandante e il mandatario che sostituisce, e la persona sostituita, indicheremo i rapporti che nascono tra il mandante e i terzi con cui il sostituito ha contratto, tra il mandatario e il sostituito, tra il mandatario e i terzi che hanno trattato con quest'ultimo, e tra il mandatario sostituito e i terzi con cui contrae.

II. — 1016. La prima ipotesi, come abbiam detto, è quella in cui la procura non permette nè vieta espressamente al mandatario di sostituire un'altra persona per fare in sua vece l'affare di cui si è incaricato. Essa è preveduta nelle prime parole del nostro articolo, il quale dice che il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza: « 1° quando non gli fu accordata la facoltà di sostituire alcuno. »

Ma a questo punto conviene pria di tutto determinare qual sia il principio o la causa della responsabilità stabilita dalla legge. A giudicarne colle sole ragioni del dritto puramente filosofico, la responsabilità in tal caso deriverebbe da una colpa: ed infatti, essendo d'ordinario la scelta del mandante determinata principalmente per considerazione della persona del mandatario, non si può negare che questi abbia obbligo di agire direttamente, e che sarebbe in colpa se incaricasse altri in sua vece per la esecuzione del mandato. Nel nostro antico dritto era questa l'opinione di Pothier, ed anche sotto il Codice parecchi scrittori, e specialmente Troplong, ne hanno seguito il principio, se non le deduzioni. Pothier stabilisce come principio, che il mandatario il quale, anzichè eseguire direttamente l'affare di cui si è incaricato, vi abbia sostituito un altro, quando la procura non gli accordi tal facoltà, ecceda i limiti del suo mandato; d'onde ne deduce che il mandante non sia

obbligato per ciò che sia stato fatto dal mandatario sostituito, se non creda a proposito di ratificarlo (1). Troplong, senza spingersi così oltre nelle conseguenze, ammette nondimeno in principio la dottrina di Pothier. Egli non dice già che il mandante non sia tenuto a rispettare gli atti del mandatario sostituito; anzi riconosce che quando questi non gli arrechino alcun danno, ei debba necessariamente accettarli e non abbia dritto a dolersene (*sopra*, n. 986). Ma ritiene che il mandatario manchi ad una legge essenziale della convenzione, scaricando su d'una persona ignota al mandante la esecuzione d'un officio che era stato a lui affidato, in considerazione della sua persona; ed appunto perchè in tal modo, sostituendo qualcuno nella sua incumbenza, ei si allontana dai suoi doveri e commette una colpa, la legge, secondo lui, lo ha reso responsabile della cattiva esecuzione e dei fatti dannevoli del suo sostituito (2).

Noi non sappiamo accostarci a questa opinione, ma riteniamo piuttosto che, quand'anche nulla siasi detto nel contratto, possa in generale il mandatario, secondo il nostro dritto positivo, sostituire un'altra persona nella sua incumbenza, senza essere in colpa per il solo fatto della sostituzione. E vaglia il vero, posto che il mandatario che sostituisca un terzo ecceda per ciò solo i limiti del suo mandato, dovrebbesi per necessità dire, accettando le conseguenze estreme dedotte da Pothier, che il mandante non sia punto obbligato per gli atti del sostituito, tranne che non li ratifichi; poichè, come sappiamo, il mandatario non rappresenta il mandante se non a condizione di non eccedere i limiti del suo mandato. Ma questa conseguenza non può ammettersi, se si pon mente alla disposizione del nostro articolo che accorda al mandante un'azione diretta contro il mandatario; il che chiaramente ci mostra che i compilatori del Codice vollero allontanarsi dalla teoria di Pothier. Ma vi ha dippiù: ciò rilevasi anche più nitidamente dalla discussione, dalla quale risulta che, proposta espressamente tal teoria ai compilatori del Codice, fu da essi rigettata. Infatti, il console Cambacérès diceva, d'accordo con Pothier, sembrargli indispensabile vietare assolutamente al mandatario di sostituire alcuno, quando ciò non siagli permesso dal mandante, essendo in tal caso manifesto che quest'ultimo ha voluto riporre la sua fiducia nel solo mandatario, e non già in colui da cui questi possa farsi sostituire. Treilhard e Tronchet opposero dapprima, che il mandatario risponde per colui che ha sostituito; che così il mandante ha una garenzia sufficiente, e che sarebbe duro non permettere al mandatario di scaricarsi del mandato, quando gli sia impossibile direttamente eseguirlo. Però, sulle insistenze del console Cambacérès, Berlier fece notare « che la proposta disposizione avrebbe per risultato un rigore eccessivo senza alcuna utilità; che, pria d'*ogni altro*, *non* bisogna perder mai d'occhio *che il* mandato è gratuito di sua natura, e che trattandosi di buoni uffici non bisogna mostrar troppa durezza con colui che li rende; — che, in secondo luogo, le obbligazioni imposte dalla legge non devono esser mai tali da rendere, in determinate circostanze, lodevole il derogarvi, come avverrebbe se il mandatario soffrisse una malattia in un momento in cui sia necessaria nello interesse dello stesso mandante l'opera attiva di un rappresentante; — che infine, a tutto ciò provvede nel miglior modo possibile la responsabilità stabilita dall'articolo (1994): se la persona che il mandatario ha sostituito fa male, il mandatario ne risponderà; ma se fa bene, quale azione potrebbe mai avere il mandante, posto pure che esistesse la clausola proibitiva? Questa dunque sarebbe per lo meno inutile! (3) » Il console Cambacérès si arrese a tali os-

(1) Pothier (nn. 90 e 99). — *Vedi* pure Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, t. III, n. 7923).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 446-450). — *Conf.* Mourlon (t. III, p. 441); Boileux (t. VI, p. 591).

(3) *Vedi* Locrè (t. XV, p. 223 e 224); Fenet (t. XIV, p. 572-575).

servazioni, e la disposizione della legge rimase tale quale era stata presentata.

Siffatta discussione esclude qualunque dubbio, mostrando ad evidenza lo spirito a cui informasi l'art. 1994 (1866); sicchè è gioco-forza conchiuderne, contro la dottrina di Pothier, che il mandatario non sarà in colpa per ciò solo che incarichi un terzo di eseguire il mandato in sua vece; che, quand'anche non gliene sia stata accordata la facoltà, egli usa di un dritto facendo la sostituzione, ma ne usa sotto la sua responsabilità personale, a suo rischio e pericolo, perciocchè sarà tenuto verso il mandante dei fatti del sostituito (1).

Egli dunque *sarà tenuto*, noi diciamo: le quali parole, che per altro non sono che la esatta riproduzione della formula stessa usata dal nostro articolo, indicano chiaramente il principio o la causa da cui deriva la responsabilità stabilita dalla legge. L'art. 1994 (1866), come dicemmo, si riannoda all'art. 1993 (1865) a cui vien dopo immediatamente; e la sua disposizione non è altro che una conseguenza dell' obbligo di render conto imposto da quest'ultimo articolo al mandatario. Questi, sostituendo un terzo in sua vece, non si discarica già del mandato, nè per conseguenza dell'obbligo di render conto: ecco perchè egli *sarà tenuto*, rispetto al mandante, della persona che ha sostituita, e dovrà quindi prendere a suo carico i fatti di quest'ultima, come se li avesse personalmente eseguito.

1017. Il mandatario può dunque, in qualunque tempo, senza contravvenire alla legge del contratto, incaricare un terzo dello affare che dovea egli eseguire; tanto più lo potrà, senza incorrere in colpa, se lo faccia a causa di un impedimento che gli vieti di eseguire direttamente il mandato. — Del resto, noi non facciamo alcuna distinzione tra il caso in cui l'impedimento sopravvenga in circostanze tali che non potrebbe venirne alcun danno in conseguenza del ritardo, e quello in cui sopravvenga in un tempo in cui sia urgente compiere senza indugio l'affare. Si è detto che, mentre nel primo caso il mandatario, per non cadere in colpa, dovrebbe sospendere la esecuzione ed astenersi, nel secondo, atteso l'urgenza, egli avrebbe il dritto non solo, ma anche il dovere di sostituire un altro (2). Però sorge chiaro dalle precedenti osservazioni, che in ambidue i casi il mandatario impedito di agire personalmente non sarà in colpa se incarichi un'altra persona di agire in sua vece *.

1018. Ciò posto, vediamone la conse-

(1) *Vedi* Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 467, nota 15).—*Vedi* pure Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 46 e nota 20).

(2) Troplong (nn. 465-482).

* Ci piace riferire taluni esempi di giurisprudenza italiana, addotti da Troplong nella sua opera in sostegno di questo punto di dritto (nn. 468-482).

« Paolo Battista Spinola era socio di Giulio Spinola; ma l'uno e l'altro aveano diverse residenze di commercio. Paolo Battista Spinola, presentendo prossima la sua morte, e sapendo che i corrispondenti della società dovevan fare dei pagamenti considerevoli tra le sue mani, tanto per lui quanto per Giulio, incaricò col suo testamento tre esecutori testamentari, persone per altro onorevolissime, onde ricever le somme dai debitori. Egli morì; i pagamenti ebbero effetto nel modo indicato; ma si soffrirono ulteriormente delle perdite per il fatto degli esecutori testamentari. — Allora, Giulio Spinola pretese sostenere che tali perdite dovevano andare a carico degli eredi di Paolo Battista Spinola. Voi siete responsabili, ei diceva, di una sostituzione fatta dal vostro autore senza il mio consentimento; ma egli non aveva il dritto di farsi sostituire, e deve quindi rispondere della condotta di queste persone sostituite.

« Ma bisogna leggere, nel 36° *discorso* di Casaregis, la confutazione di questo sistema. Paolo Battista, impedito dalla sua malattia e trovandosi in punto di morte, ha obbedito ad una necessità fatale. Questa necessità lo ha abilitato a far ciò che non avrebbe fatto in tempo ordinario: « Hujus« modi necessitas. dilationis impatiens, facit lici« tum quod alias fecisset illicitum; quia acta, ne« cessitatis causa. *sub nulla lege prohibitiva*, nu« merantur. — Et pro regula admittitur quod in « casu necessitatis, non exigitur consensus, ubi « alias omnino requireretur. *Necessità legge non « have* (n. 26). »

« Poteva egli dunque provvedere ai bisogni del caso, ed agire per mezzo di un sostituito. Una sola cosa lo renderebbe responsabile, la scelta cioè di persone incapaci: ma nella specie non havvi *mala electio*; la scelta è stata d'uomini onesti, capaci, di buona reputazione (nn. 6, 7, 8). Poco importa dunque se in seguito il sostituito abbia commesso

guenza giuridica. Essa è formulata nella prima parte del nostro articolo : il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza, quando non gli fu data la facoltà di sostituire alcuno. Adunque il mandante avrà sempre per obbligato il suo mandatario diretto, il quale, nel conto che deve rendere, si incaricherà dei fatti ed atti del suo sostituito, come se fossero da lui personalmente eseguiti. Si avverta però, — è questa per altro una conseguenza diretta del nostro principio,— che il mandatario non deve rispondere del suo sostituito se non come risponderebbe di sè stesso. Noi dunque non diremo, come Troplong, che se il caso di forza maggiore avvenga in persona del sostituito e faccia perire la cosa nelle sue mani, il mandatario dovrebbe esserne responsabile (1). Questa proposizione è certamente esatta nel sistema di Troplong, il quale muove dall'idea che il mandatario sia in colpa per ciò solo che si faccia sostituire da un terzo quando la procura non gliene dia facoltà; imperciocchè, come sopra dicemmo (num. 992), se in generale il mandatario non è tenuto pei casi fortuiti o di forza maggiore, egli nondimeno dovrà risponderne se siano preceduti da una colpa per parte sua. Ma noi appunto questo neghiamo, cioè che il man-

delle colpe: i suoi mancamenti dipendono dall'impreveduto e dalla forza maggiore; nè havvi nulla da imputare per questo a Paolo Battista Spinola.

« Un altro esempio di non minore autorità trovo pure nelle opere di Casaregis (*Disc.* 115).—Cardi affida a G. B. Concino una nave destinata ad andare in corso contro i Turchi; la nave lascia il porto di Livorno nel 1666. Dopo nove mesi, Concino muore coraggiosamente in un combattimento coi Turchi, dopo d'avere scelto a suo successore, col consenso dell'equipaggio, il suo luogotenente Barberi. Quest'ultimo si impadronisce ingiustamente di molte navi appartenenti a cristiani. Michel'Angelo Vaccari, genovese, proprietario di una di queste navi, chiama in giudizio Cardi per la restituzione e per li danni ed interessi.

« Noi decidemmo, dice Casaregis, che quest'ultimo non era tenuto. Il padrone è certamente responsabile del fatto dei suoi subordinati, quando eglino commettano colpe nell'officio loro delegato (Bartolo, l. 1, § *Familiae*, D., *De public.*). Ma questa rigorosa disposizione non è stata per altra ragione introdotta che per punire il padrone della colpa che ha commesso facendo una cattiva scelta, *ob culpam in eligendo malos, seu minus idoneos homines* (n. 2). Or, quando il padrone ha scelto per preposti i più capaci, secondo l'opinione generale, non sarà certo tenuto delle colpe che sarebbero da loro commesse per un mutamento improvviso di condotta. *Receptum quod quotiescumque hujusmodi abfuerit culpa, ex eo quod dominus elegerit viros communi existimatione probos et idoneos, toties dominus non tenetur de delicto praepositi qui mores mutaverit* (n. 3).

« Ebbene! Cardi ha scelto Concino, uomo irreprensibile, prode, integro, di buona reputazione; da canto suo, Concino, vicino a morire, tramanda i suoi poteri a Barberi, suo luogotenente, il quale aveva sin allora goduto d'una buona reputazione. Ma ecco che, mutata indole, commette un delitto che nessuno poteva ragionevolmente prevedere. Di che può muoversi doglianza? Dell'averlo Cardi preso per suo luogotenente a bordo? Ma con qual fondamento? Come luogotenente egli era subordinato a Concino, e non v'era a temer nulla da lui a cagione di questa subordinazione e di questa dipendenza. Forse dell'avergli Concino, al punto della morte, delegato il comando della nave? Qui sta il punto difficile della quistione. Ma è chiaro che tutto concorre a stabilire la giustizia e la bontà della scelta al momento in cui fu fatta. Barberi aveva per lui il voto dell'equipaggio; e non è dubbio ch'egli era il più degno di comandare agli altri (nn. 4, 5, 6). Dippiù, e questo è decisivo, tale scelta era necessaria, imposta, in mezzo al mare (*in medio maris*), da un supremo bisogno. Or, in un momento di pericolo, Concino avea bene il dritto di delegare il suo mandato: l'urgenza gliene faceva una legge, e, obbedendovi, non avea altra obbligazione che di fare una buona scelta. Ma questa scelta era buona, era la migliore che poteva farsi in quel punto; e ciò basta (nn. 6 a 10). Casaregis riattacca questa decisione a quella del discorso 36, da noi testè riferita. »

Troplong approva pienamente questa giurisprudenza; e, passando quindi ad esaminare la quistione se questi principî ammessi nel dritto commerciale, debbano anche applicarsi nel dritto civile, sostiene (n. 482), contro la opinione di Delamarre e Le Poitvin (t. II, nn 56 a 62), che il mandato civile e il mandato commerciale sono regolati dalle medesime ragioni di equità e dai medesimi principî. « Gli è vero, egli dice, che nelle materie di commercio, il permesso tacito di fare una sostituzione sia più frequente che nelle materie civili, in cui di rado si presenta al mandatario l'occasione di agire all'improvviso e con una subitanea determinazione. Ma non bisogna conchiuderne che i due diritti non siano governati dalle medesime regole. Al contrario, la loro identità è innegabile; anzi possiam dire che le regole che si reputano appartenere esclusivamente al dritto commerciale, sono state appunto cavate dai dottori del dritto civile, citati continuamente nelle opere degli scrittori di dritto commerciale. »

(1) Troplong (n. 450).

datario che si faccia sostituire, senza esservi autorizzato, sia per ciò solo in colpa; e quindi è naturale che nel nostro sistema si venga ad una conseguenza direttamente opposta a quella dello eminente giureconsulto.

III. — 1019. Una seconda ipotesi, egualmente preveduta dalla legge, è quella in cui la procura conferisca al mandatario la facoltà di farsi sostituire. Infatti l'articolo 1994 (1866) dice, che il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza « quando una tal facoltà gli fu conceduta senza indicazione della persona, ed egli abbia scelto quella che era notoriamente incapace o insolvibile. » Dal che rilevasi doversi distinguere due casi: quello preveduto espressamente dalla legge, e quello in cui la facoltà di sostituire sia conceduta al mandatario con indicazione speciale della persona.

1020. In quest'ultimo caso, il sostituito indicato dal mandante diventa il mandatario diretto di costui; la persona del mandatario primitivo scomparisce assolutamente, e, checchè faccia il sostituito, quegli non dovrà di nulla rispondere. Così, un ricevitore degli ospizi, il quale, in virtù dell'autorizzazione *espressa e nominale* dell'amministrazione, avea sostituito un terzo in una parte della sua incumbenza, è stato giustamente dichiarato irresponsabile della esecuzione di quest'ultimo, mentre del resto, nella specie, non potevaglisi imputare alcuna grave negligenza nella vigilanza che dovea esercitare (1). Però, importa notare quest'ultime parole, le quali mostrano che in fatto la sostituzione di una persona, quand'anche espressamente permessa nella procura, può alle volte impegnare anche la responsabilità del primitivo mandatario: il che ci permette di conciliare questa decisione con un'altra assai più recente, dalla quale risulta che il mandatario autorizzato a sostituire un terzo per la esecuzione del mandato, sarà nondimeno responsabile di tale esecuzione, *se sia dichiarato personalmente in colpa per non averlo invigilato*, e ciò quand'anche il sostituito prenda tutto a suo carico, poichè la responsabilità a cui quegli è sottoposto dipende dal fatto dell'accettazione del mandato, nè basta la volontà del terzo per liberarnelo (2).

Eccetto questo caso, in cui sia lasciato a carico del mandatario primitivo un obbligo di vigilanza che egli non può impunemente trascurare, può ben dirsi che la persona sostituita sulla indicazione speciale del mandante prenda il posto del mandatario primitivo (il quale ha adempito il suo incarico), diventa mandataria diretta e risponda direttamente verso il mandante. Questi allora non avrà nulla a pretendere dal primitivo mandatario, meno però un caso, quando cioè il mandatario, non ostante che abbia avuto conoscenza di fatti tali che avrebbero distolto il mandante dal riporre più la sua fiducia nella persona indicata, abbia nondimeno fatta la sostituzione. È questa una delle ipotesi, già prevedute, in cui l'obbligazione del mandatario di agire si trasforma in un imperioso dovere di sospendere e aspettare (*sopra*, n. 977).

1021. Nel primo caso, cioè quando la sostituzione è permessa senza indicazione della persona, il mandatario risponde della scelta fatta, ma di ciò solamente. Ciò appunto indica il nostro articolo, dicendo che il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza, quando una tal facoltà gli fu conceduta senza indicazione della persona, *ed egli abbia scelto quella che era notoriamente incapace o insolvibile*. Adunque in questo caso, il mandatario non risponderà, in principio, della condotta di colui che ha sostituito, il quale, essendo col consentimento del mandante investito della facoltà di agire, diventa mandatario diretto, e quindi personalmente responsabile delle sue colpe;

(1) Ric., 10 luglio 1827 (S. V., 28, 1, 56; *Coll. nov.*, 8, 1, 635; Dalloz, 27, 1, 300).

(2) Ric., 26 nov. 1860 (Dalloz, 61, 1, 496; *J. P.*, 1862, p. 737).

ma, per eccezione, ne risponderà il mandatario primitivo, quando abbia scelto una persona notoriamente incapace o insolvibile. La legge non pretende già che egli scelga una persona *notoriamente capace o solvibile*; e per questo appunto non crederemmo sia il caso di distinguere, come Troplong, tra il mandato gratuito e quello salariato, decidendo, almeno nel caso del mandato salariato, che il mandatario non sia esente da responsabilità se non quando la persona da lui scelta per sostituito sia notoriamente capace, solvibile ed onesta (1). Secondo noi, la sola differenza a fare tra il mandato gratuito e quello salariato, sotto l'aspetto di cui parliamo, è quella indicata nel secondo paragrafo dell'art. 1992 (1864), quanto al modo di valutare la responsabilità relativa alle colpe (*sopra*. n. 991).

1022. Del resto, la facoltà di sostituire può accordarsi al mandatario tacitamente o espressamente (2). Anzi, in taluni casi, dovrà necessariamente presumersi. Per modo d'esempio, se voi incaricate un agente di cambio di Bordeaux di comprarvi il tal valore alla borsa di Parigi, dovrà naturalmente presumersi che gli abbiate data facoltà di sostituire un agente di cambio di quest' ultima piazza. Dicasi lo stesso se, dimorando a Beauvais, incaricate il tal mercante di farvi trasportare le suppellettili che avete a Parigi. Gli è evidente che voi con ciò intendete implicitamente permettere al mercante di Beauvais di sostituire la persona che debba eseguire il trasporto, la quale dovrà sola rispondere verso di voi, tranne che non abbiate ragione di dolervi della scelta col mercante di Beauvais.

IV. — 1023. Restaci ad esaminare un'ultima ipotesi, dalla legge non preveduta, quella cioè in cui la procura vieti espressamente al mandatario di sostituire alcuno nella sua incumbenza. In questo caso, nessun dubbio che il mandatario ecceda i limiti del mandato e sia quindi in colpa se, in onta al divieto, non agisca personalmente. Allora sì è il caso di dedurre le conseguenze che abbiamo respinto nella ipotesi in cui la procura nulla dica intorno alla facoltà di sostituire (*sopra*, nn. 1016 e seg.). Il mandatario quindi dovrà rispondere della condotta di colui che ha sostituito, non solo delle colpe, ma anche dei casi fortuiti sopravvenuti nelle sue mani. Ed il mandante non sarà obbligato verso i terzi per gli atti del sostituito, tranne che li ratifichi o non risenta alcun danno pel fatto della sostituzione.

Del resto, il divieto, come il permesso di sostituire, può essere espresso o tacito, come in generale qualunque manifestazione di volontà; ma non deve facilmente presumersi. Invero, in taluni casi esso può indursi dalla natura medesima o dall'oggetto del mandato. Pothier ce ne porge un esempio, quando dice che se una procura sia stata data ad un avvocato per transigere, alle condizioni che meglio crederà, *con una parte che litiga col mandante, non potrà* presumersi che questi abbia *voluto* permettere al mandatario di sostituire un altro per fare la transazione (3). Ma in qualunque altro caso, quando non richiedesi l'abilità speciale del mandatario per la esecuzione del mandato, il divieto di sostituire non potrà tanto facilmente supplirsi dal magistrato, quando non sia formalmente espresso. Tutto allora dipende dalle circostanze, che debbono sovranamente estimarsi dai tribunali.

V. — 1024. Ed eccoci ora a parlare dell'azione diretta del mandante contro la persona sostituita, e a risolvere le importanti quistioni che nascono al proposito. Il secondo paragrafo dello art. 1994 (1866) attribuisce quest'azione al mandante *in tutti i casi*, il che importa che quest'ultimo può agire direttamente contro la persona sostituita, abbia o pur no accordata col mandato la facoltà di fare la sostituzione.

Sebbene il nostro articolo nol dica, pure,

(1) *Vedi* Troplong (nn. 434 e 435). — *Vedi* pure Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 62).

(2) *Vedi* Pothier (n. 99).

(3) *Id.* (n. 99).

per giusta reciprocanza, devesi accordare la medesima azione diretta al sostituito contro il mandante, per ripetere la indennità che può essere da quest' ultimo dovuta per la esecuzione del mandato.

La utilità e l'interesse di questa azione diretta comprendesi di leggieri. Se nulla avesse detto la legge, il mandante non avrebbe potuto agire contro il sostituito, e questi contro il mandante, se non in qualità di creditore, in conformità dell'articolo 1166 (1119) del Codice Napoleone. Ma appunto per evitare questo giro di azioni, la legge ha permesso al mandante di procedere direttamente contro il sostituito, e devesi per conseguenza permettere a quest'ultimo di agire direttamente contro il mandante, come se non vi fosse un mandatario primitivo, ma fossero l'uno a fronte dell'altro colle relazioni di mandante a mandatario. E per altro, coll'azione diretta, oltrechè si evita il rigiro dell'art. 1166 (1119), si assicura a chi l'esercita il valore o il prodotto intero delle condanne ottenute, senza nulla temere dai creditori del mandatario primitivo, i quali avrebbero dritto a concorrere con lui, se dovesse agire come creditore del mandatario in forza dell'art. 1166 (1119).

1025. Nondimeno, per quanto sia generale la disposizione della legge, non bisogna credere che il mandante abbia sempre il dritto di chiedere al sostituito l'intero risarcimento del danno patito per effetto della sostituzione; ma havvi luogo a distinguere tra il caso in cui il mandatario primitivo abbia fatto conoscere al sostituito il mandato di cui egli era incaricato, e quello in cui gli abbia assolutamente lasciato ignorare il suo mandato. Nel primo caso, la persona sostituita, accettando la sostituzione, assume l'obbligo di uniformarsi alle prescrizioni del mandato primitivo, e quindi potrà senza alcuna restrizione esercitarsi contro di lei l'azione diretta del mandante. Ma non così nel secondo caso. Infatti, quando il primitivo mandatario, autorizzato o pur no a sostituire una persona, ha fatto la sostituzione in suo proprio nome, senza nulla far sapere a colui che sostituisce della procura di cui è investito, potrà ben darsi che il mandante debba accettare e riconoscere gli atti eseguiti dal sostituito, che non ha scelto; il che avviene per gli atti eseguiti secondo le istruzioni da lui date nel mandato. Ma egli avrà sempre per obbligato diretto il mandatario primitivo; nè direttamente potrà nulla pretendere dal sostituito, massime se questi abbia eseguito senza colpa lo incarico ricevuto, poichè in tal caso non avrebbe l'esercizio dell'azione diretta di cui parla il nostro articolo. Per questo aspetto, non possiamo che far plauso ad una decisione della Corte di Rennes; secondo la quale, un agente di cambio di Parigi, il quale abbia avuto da un agente di un'altra piazza l'ordine puro e semplice di comprare titoli al latore, potrà, in mancanza di pagamento del prezzo, far rivendere i titoli; nè i terzi, che diedero primamente la commissione per lo acquisto, avrebbero alcun dritto contro l' agente di cambio che eseguì la compra, quand'anche il primitivo mandatario abbia loro detto che la compra fosse stata eseguita (1). Infatti, nella specie, era provato che il mandatario avea trasmesso all'agente di cambio di Parigi l'ordine puro e semplice di comprare, al prezzo che meglio poteva, i titoli al latore, senza nemmeno indicare che agisse per conto di mandanti da cui aveane ricevuto il prezzo. Dal che sorge chiaramente, che il mandante primitivo non poteva nella specie esercitare alcuna azione diretta contro l'agente di cambio che eseguì la compra, come lo avrebbe potuto se questi invece avesse conosciuto di agire qual mandatario sostituito.

1026. E a tal proposito ci piace riferire due decisioni della Corte di Lione, dal raffronto delle quali risulta evidentemente questa distinzione. Nell'una e nell'altra specie era stato dato incarico ad un agente di

(1) Rennes, 24 agosto 1859 (S. V., 60, 2, 36; J. P., 1860, p. 856).

cambio di Saint-Étienne di vendere taluni valori negoziabili alla borsa di Lione; il che importava per il mandatario la facoltà implicita di sostituire un sensale presso la borsa di Lione onde effettuare l'operazione: infatti, la sostituzione era necessaria, anzi in uno dei due negozi era stata preveduta, poichè il mandante, nel fare la procura, avea lasciato il nome del mandatario in bianco. Però, mentre in una delle due specie l'agente di cambio di Saint-Étienne, sostituendo un agente di cambio di Lione, avea usato della facoltà ricevuta, e fatto conoscere a quest'ultimo, mandatario sostituito, il mandante primitivo di cui trasmettevagli la procura, nella seconda specie non si valse di questa facoltà, incaricando della vendita l'agente di cambio di Lione, senza fargli conoscere che agiva per un terzo; anzi al mandato di vendere avea aggiunto un mandato di comprare, quasichè le due operazioni fossero solidali.

Checchè ne sia non essendo stato consegnato al primitivo mandante il prezzo dei titoli venduti, questi si rivolse direttamente contro l'agente di cambio di Lione, in virtù dell' ultimo paragrafo del nostro articolo. La difesa fu la stessa in tutte e due le cause: l'agente di cambio citato sostenne non essere obbligato direttamente coll'antico proprietario dei titoli venduti, poichè non avea contratto con lui; che, attese le relazioni necessariamente esistenti tra due agenti di cambio di piazze diverse, non poteva egli essere considerato come mandatario sostituito del mandante, il quale poteva unicamente rivolgersi contro l'agente di cambio di Saint-Étienne, suo mandatario; e che ad ogni modo si volesse pure ritenerlo come mandatario sostituito, il mandante non avrebbe mai dritto contro di lui, avendo già compensato, col mandatario diretto a cui dovea render conto, le somme ricavate dalla vendita colle operazioni di cui quest'ultimo avealo incaricato. Ma, come ben si comprende, la difesa non ebbe nè dovea avere il medesimo successo nelle due cause. Nella prima, la Corte di Lione, la cui decisione fu invano denunziata alla Corte di cassazione (1), giudicò, che appunto perchè il mandante ha dritto di agire direttamente contro il mandatario sostituito, questi, *quando conosce di agire, non per conto del sostituente, ma per conto del mandante*, non può compensare le somme ricevute in conseguenza del mandato e non pagate al mandante, col suo credito contro il sostituente. Per l'incontro, nella seconda causa, la Corte decise che il mandatario sostituito possa validamente liberarsi colla compensazione, se risulti che egli non abbia conosciuto la qualità di mandatario del sostituente, nè il nome del primitivo mandante (2).

Le quali decisioni sono esattissime.

Infatti, nella prima specie, l'agente di cambio di Lione, sebbene non avesse contratto col mandante, *proprietario dei titoli*, era nondimeno divenuto suo *mandatario* diretto, poichè l'agente di cambio di Saint-Étienne, mandatario immediato, autorizzato formalmente col mandato a farsi sostituire per la vendita dei titoli, nominando la persona e facendole conoscere la condizione, non avea fatto che rappresentare il mandante, il quale quindi doveasi reputare averne fatto direttamente la indicazione. Così essendo, egli dovea dar conto del prezzo dei titoli venduti al mandante, e non all'agente di cambio di Saint-Étienne; e quindi, essendo soggetto all'azione diretta del mandante, non avea dritto a compensare il prezzo col credito che avea personalmente contro l'agente di cambio di Saint-Étienne, poichè la compensazione legale non può aver luogo se non tra due persone rispettivamente debitrici *l'una verso l'altra*. Sicchè in questa prima specie non avea alcun valore il sistema di difesa opposto dall'agente di cambio.

(1) Lyon, 8 luglio 1858; Ric., 20 aprile 1859 (S. V., 59, 1, 298; Dalloz, 59, 1, 263; J.P., 1860, p. 472).

(2) Lyon, 7 dic. 1859 (S.V., 60, 2, 206; Dalloz, 60, 2, 8; J.P., 1860, p. 472).

Per l'opposto, nell'altra specie, esso era incontrastabile. Infatti, l'agente di cambio di Saint-Étienne, mandatario diretto del proprietario dei titoli, avea ecceduto i termini del mandato, o, ciò che vale lo stesso, non avea fatto uso della facoltà datagli di sostituire un agente di cambio di Lione, trasmettendo l'ordine a quest'ultimo in suo proprio nome, senza fargli conoscere che l'operazione facevasi per conto di un primo mandante. In tale condizione, l'agente di cambio di Lione avea tutto il dritto di pretendere: primieramente, e in principio, che, avendo direttamente trattato coll'agente di cambio di Saint-Étienne, eseguendo il di lui ordine, non poteva essere per niun modo soggetto all'azione personale e diretta del mandante primitivo, di cui non sospettava neanco l'esistenza; inoltre, ed in conseguenza, che dovendo unicamente render conto delle operazioni eseguite all'agente di cambio di Saint-Étienne, che era il suo vero mandante, avea ben dritto ad opporre la compensazione legale tra il prezzo della vendita da lui fatta e le somme dovutegli dal suo collega, dritto che non poteva essergli contrastato dal mandante primitivo. E questa seconda decisione, ci piace ripeterlo, è parimente inappuntabile.

Ma non possiamo approvare una decisione della Corte di Rennes la quale, in una condizione analoga, si è pronunciata in senso contrario (1). Invero, nella specie, l'agente che avea fatto la vendita conosceva che lo agente da cui era stato incaricato non agiva per conto proprio; ma da ciò solo volerne inferire che quegli sia divenuto mandatario sostituito del terzo proprietario dei titoli venduti, non ostante che non ne abbia conosciuto nè i dritti, nè il nome, importa esagerare le cose, supponendo la possibilità di sostituzioni virtuali che evidentemente non sono nel pensiero della legge. Il mandatario sostituito non rappresenterà veramente il mandante, nè lo renderà creditore o debitore contraendo nei termini della procura, se non quando abbia conosciuto non solo l'oggetto del mandato trasferitogli dal mandatario primitivo, ma anche la persona o il nome del mandante; e allora soltanto, per conseguenza, potrà il mandante esercitare utilmente contro di lui l'azione diretta permessagli dal nostro articolo.

VI. — 1027. Nelle precedenti osservazioni abbiamo indicato le relazioni che passano tra il mandante e il mandatario che fa la sostituzione, e colui che è stato sostituito. Vediamo ora le relazioni tra il mandante e i terzi con cui il sostituito ha contratto, tra il mandatario primitivo e il mandatario sostituito o i terzi che hanno contratto con quest'ultimo, infine, fra il sostituito e i terzi con cui contrae.

Quando il sostituito agisce in nome del mandante, le relazioni tra costui e i terzi sono perfettamente le stesse come se abbiano direttamente contratto col mandatario primitivo; e saranno quindi regolate secondo i principî che esporremo nel capitolo seguente, commentando l'art. 1998 (1870). Se però il sostituito agisce in nome del sostituente, i terzi dovrebbero allora riconoscere quest'ultimo come mandante. Ed il mandante primitivo, che non è stato nominato nella operazione, sebbene questa in sostanza sia stata fatta per suo conto, sarebbe in una condizione simile a quella del committente propriamente detto rispetto ai terzi che abbiano contratto col commissionario. Costui, come abbiam detto, agisce in suo proprio nome, a differenza del mandatario che agisce in nome del mandante, mentre del resto tutti e due agiscono per conto del committente o del mandante (*sopra*, n. 827).

1028. Le relazioni tra il mandatario e il sostituito sono quelle esistenti tra un mandante e un mandatario ordinari. Il mandatario primitivo è il mandante del sostituito: quest'ultimo dunque dovrà rispondere verso il sostituente come un vero mandatario, e viceversa il sostituente sarà obbligato verso di lui come in generale il mandante si obbliga verso il mandatario. Così avviene pure, secondo una de-

(1) Rennes, 28 luglio 1858 (J.P., 1859, p. 582).

cisione della Corte di Parigi (1), quando la sostituzione sia stata fatta nello interesse ed in nome del mandante. Però, come risulta dalla medesima decisione, potrebbe in questo caso convenirsi che la persona del sostituente debba interamente scomparire, e che il sostituito abbia unicamente dritto a rivolgersi contro il primitivo mandante. Nondimeno, giovi avvertire che una tal convenzione sarebbe soltanto obbligatoria per coloro che l'abbiano fatta, restando illeso il dritto del mandante primitivo di rivolgersi contro il sostituente.

1029. Le relazioni tra il mandatario e i terzi che abbiano contratto col sostituito, non possono determinarsi se non avuto presente il modo come sia stata fatta la sostituzione.

Se la sostituzione sia stata fatta in nome del mandante, il mandatario primo scomparisce assolutamente rispetto ai terzi; e ciò per applicazione dei principî ordinarî, secondo cui il mandatario nè si obbliga personalmente verso i terzi, nè li obbliga verso di lui. In quest'ordine di idee è stato giudicato, che un mandatario incaricato di vendere, il quale, fatta la vendita, sostituisca un terzo, non ha più qualità per ricevere il prezzo della vendita, di modo che il pagamento fatto nelle sue mani non libera il compratore (2). Nella specie in cui questa decisione fu pronunciata, il mandato non dava al mandatario incaricato di vendere la facoltà di riscuotere il prezzo; sicchè, fatta la sostituzione, avea perduto il dritto di ricevere il prezzo, che non poteva consistere ad un tempo nella sua persona ed in quella del sostituito.

Ma se invece la sostituzione sia stata fatta in nome del mandatario, questi allora dovrà essere considerato come un commissionario; e quindi, siccome sarà personalmente obbligato, così saranno verso di lui obbligati i terzi coi quali abbia contratto il sostituito.

1030. Infine, quanto alle relazioni tra il sostituito e i terzi coi quali abbia contratto, non dobbiamo dir nulla di particolare, perchè sono le medesime di quelle di qualunque altro mandatario: basti dunque riferirsene al commentario dell'art. 1997 (1869).

1995 (1867). — Quando in un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatari, non vi ha solidalità fra essi se non in quanto è stata espressa.

SOMMARIO.

I. 1031. Il nostro articolo applica specialmente al mandatario la regola generale stabilita nello art. 1202 (1155): ma questa ripetizione non è stata inutile. — 1032. Così, i mandatari, a differenza dei mandanti e dei comodatari, non sono di pieno dritto solidalmente obbligati: ragioni della differenza. — 1033. Nondimeno, i mandatari possono alle volte essere obbligati in solido: la stessa legge in taluni casi eccezionali stabilisce la solidarietà di pieno dritto. — 1034. L'art. 1995 (1867) non può applicarsi in materia commerciale. — Divisione.

II. 1035. Del caso in cui non havvi solidalità tra più mandatari costituiti in un medesimo atto: il principio è che ciascuno può fare separatamente tutti gli atti di esecuzione del mandato: ma in taluni casi può avvenire che i mandatari debbano mettersi d'accordo per agire. — 1036. Ciascun mandatario sarà obbligato come se fosse egli

(1) Parigi, 10 nov. 1812 (S. V., 13, 2, 302; *Coll. nov.*, 4, 2, 194; Dalloz, 14, 2, 7; *Racc. alf.*, 4, 532; J.P., 13, 933).

(2) Ric., 7 dic. 1857 (S.V., 58, 1, 446; J.P., 1858, p. 1036; Dalloz, 58, 1, 111).

solo incaricato del mandato. Quid per ciò che riguarda la responsabilità in caso di inesecuzione totale, parziale o viziosa? Distinzione secondo che il danno cagionato sia imputabile a tutti i mandatari, ad un solo o a più. — *1038. Ma ne segue forse che, in caso di perdita avvenuta per colpa di uno dei mandatari, il mandante possa domandare agli altri, che non siano in colpa, non solo il valore della cosa perita, ma anche i danni ed interessi? Controversia.*

III. 1037. Del caso in cui i vari mandatari siano obbligati in solido: trattasi allora di una solidalità perfetta; e quindi sono applicabili gli art. 1205 a 1207 (1158 a 1160) del Codice Napoleone.

IV. 1039. Del caso in cui siano costituiti più procuratori per un medesimo affare, non con un solo atto, ma con atti diversi. Sviluppi e distinzioni.

I. — 1031. Secondo i principi del dritto romano, quando per un medesimo affare si costituivano due o più procuratori, ciascuno di essi era tenuto per l'intero, e in conseguenza solidalmente: « Duobus quis man« davit negotiorum administrationem: quae« situm est, an unusquisque mandati judicio « in solidum teneatur? Respondi, unum« quemque pro solido conveniri debere: « dummodo ab utroque non amplius debito « exigatur. » (L. 60, § 2, Dig. *Mand.*). Questa dottrina era anche seguita nel nostro antico dritto francese. Se due persone, dice infatti Domat, sono state preposte ad un medesimo affare, e tutte e due se ne incaricano, saranno tenute in solido, se non sia altrimenti stipulato; perciocchè l'affare è commesso all'una e all'altra, e ciascuna di esse, accettando, dovrà risponderne (1).

Il nostro articolo, come si vede, stabilisce la regola direttamente opposta, dicendo che « quando in un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatari, non vi ha solidalità fra essi se non in quanto è stata espressa. » Con ciò per altro non fa che riprodurre il principio generale consacrato nell'art. 1202 (1155), secondo il quale « la solidalità non si presume, ma debbe essere espressamente stipulata. » Nè tale ripetizione è stata inutile, come facilmente si scorge riferendocene al nostro antico dritto. L'art. 1202 (1155) aveva il suo riscontro nella novella 99, colla quale Giustiniano, proscrivendo assolutamente la solidalità di pieno dritto, decideva non doversi tra più debitori presumere la volontà di obbligarsi solidalmente, se non sia espressa. Alcuni scrittori, e specialmente Automne, ne aveano inferito, senza esitazione, l'abrogazione della legge 60 sopra citata nella disposizione speciale che stabiliva la solidalità tra i mandatari. Ma nondimeno prevalse la contraria opinione, ritenendosi più generalmente che la disposizione della novella, come dice Pothier, non debba estendersi alle solidarietà che si formano per la natura stessa della obbligazione, com' è quella di due mandatari incaricati della esecuzione di uno o più affari; se tale esecuzione non è tra di loro divisa, ma invece ciascuno di essi se ne incarica per il tutto, saranno tutti naturalmente tenuti per lo intero, ed in conseguenza solidalmente obbligati (2). Ma i compilatori del Codice, non avendo intenzione di ammettere, secondo quest'ultima dottrina, la solidalità di pieno dritto tra più mandatari, e temendo naturalmente, edotti dalle antiche controversie, che la regola generale dell' art. 1202 (1155) non sarebbe sufficiente, hanno voluto far cessare qualunque dubbio intorno a questo punto, riproducendo la regola nel nostro articolo: ecco perchè consideriamo come veramente utile codesta ripetizione.

1032. Il nostro Codice non riguarda i mandatari come i mandanti, perciocchè, come vedremo nel seguente capitolo, l'art. 2002 (1874) stabilisce la solidarietà tra

(1) Domat (*Leggi civili*, lib. I, t. XV, sez. 3, n. 13).—*Vedi* pure Pothier (n. 63).

(2) Pothier (*loc. cit.*).

quest' ultimi (*infra*, n. 1123). Non li riguarda nemmeno come i comodatari, poichè l' art. 1887 (1759), come sopra dicemmo, dispone che se più persone abbiano unitamente preso in prestito la stessa cosa, ne sono solidalmente tenute verso il comodante (*sopra*, n. 105). Ma ciò si spiega e si giustifica pienamente, dacchè, a differenza dei mandanti e dei comodatari, i mandatari non ricevono ma rendono un servigio. Infatti, l'accettazione di un mandato per parte del mandatario è un atto più o meno puro, secondo che il mandato sia gratuito o salariato, ma è in tutti i casi un atto di beneficenza (*sopra*, nn. 803 e 881); sicchè rendendo obbligato il mandatario, « era ben giusto, servendoci della frase di Tarrible, restringere tali obbligazioni nei loro limiti naturali (1). »

1033. Nondimeno, la solidalità può esistere tra più mandatari. Può essere stipulata tra le parti, come suppone il nostro articolo. Ed in taluni casi eccezionali è anzi di pieno dritto stabilita dalla medesima legge: tale è specialmente il caso dell' articolo 1033 (988), il quale, parlando degli esecutori testamentari, dispone che, se ve ne siano più che abbiano accettato il mandato, saranno tenuti in solido a render conto dei mobili loro affidati.

1034. Aggiungiamo che, secondo l'opinione comune, l'art. 1995 (1867) non può applicarsi in materia commerciale: infatti, generalmente ritiensi essere in solido obbligati i vari mandatari o commissionari, anche quando la solidalità non sia stata stipulata. Quindi è stato dichiarato, che più commissari nominati collettivamente per la esecuzione del concordato stipulato con un fallito, siano tenuti in solido verso i creditori delle riscossioni da loro unitamente fatte, sebbene la solidalità non sia stata espressa nell'atto costitutivo del mandato, ed un solo abbia avuto il maneggio delle somme riscosse (2).

Premesse queste osservazioni preliminari, esaminiamo ora le tre ipotesi che possono avvenire; 1° quando i mandatari costituiti col medesimo atto non siano tenuti in solido, giusta la regola generale; 2° quando siano per eccezione, solidalmente obbligati; 3° infine, quando più mandatari siano stati costituiti con atti successivi.

II. — 1035. Quando in un solo atto si costituiscono più mandatari, senza stabilire solidalità tra essi, sorge spontanea la domanda se debbano eseguire tutti insieme il mandato, o possano agire separatamente. A tal rispetto, conviene esaminare l'atto di costituzione, onde vedere se determini le funzioni di ciascun mandatario, o se invece indichi che l' uno non possa agire senza dell' altro (arg. dagli art. 1857 e 1858 (1729 e 1730) del Codice Napoleone). Ma se nulla dica la procura, ciascuno dei mandatari potrebbe separatamente fare tutti gli atti di esecuzione del mandato. Nondimeno questa regola non è assoluta, dovendosi naturalmente tener conto delle circostanze, e massime della natura dello affare. Così, per esempio, se il mandato abbia per oggetto un atto che possa eseguirsi da ciascun mandatario, secondo il desiderio del mandante, e specialmente, se trattisi di ricevere un pagamento e farne quietanza, ciascun mandatario avrà certamente il dritto di agire da sè solo, eseguendo il mandato per conto di tutti. Ma se il mandato abbia per oggetto un affare che abbisogni degli sforzi riuniti, della scienza, dell' abilità di tutti i mandatari costituiti; specialmente se trattisi di una transazione sopra una lite importante; in tal caso i mandatari dovranno mettersi d'accordo e concorrere tutti alla transazione, onde non defraudare il mandante, che contava sull'abilità di tutti per ottenere le migliori condizioni (3).

Veniamo alla responsabilità.

(1) *Vedi* Locré (t. XV, p. 253); Fenet (t. XIV, p. 599).

(2) *Vedi* Parigi, 28 aprile 1836 (S. V., 36, 2, 263; Dalloz, 37, 2, 172). — *Vedi* pure Frémery (*Studi di dritto commerciale*, p. 26); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 153); Troplong (n. 497); Boileux (t. VI, p. 595). — *Vedi* intanto Lione, 30 ag. 1835 (S. V., 38, 2, 382; Dalloz, 38, 2, 187).

(3) *Vedi* Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 3, n. 14).

1036. Le obbligazioni dei singoli mandatari, come ben si comprende, sono quelle da noi indicate, commentando gli articoli 1991 a 1993 (1863 a 1865). Ma se avvenga che il mandato resti in tutto o in parte ineseguito, o che una colpa sia commessa nella esecuzione, su chi poserà la responsabilità? A tal riguardo bisogna distinguere.

Se lo inadempimento totale o parziale, o la esecuzione viziosa sia imputabile a tutti, i mandatari saranno certamente responsabili dei danni ed interessi verso il mandante; ma ciascuno vi sarebbe tenuto per la sua parte virile. I tribunali contravverrebbero ai principî, se facessero concorrere i mandatari al risarcimento del danno in parte non uguale. Non bisogna però considerare come contraria alla regola una decisione della Corte di Parigi, la quale, in una specie in cui erano stati cagionati gravi danni al mandante per gli atti fatti in suo nome da un mandatario e da un usciere, ha posto a carico del primo la maggior parte dei danni ed interessi (1). Infatti, nella specie, l'azione era diretta non contro due mandatari scelti dal mandante, ma contro un solo mandatario che erasi avvalso del ministero d'un usciere, del cui fatto dovea quindi rispondere come di qualunque altro atto di esecuzione del mandato, e che per ciò stesso avrebbe dovuto sopportare tutti i danni, se non avesse avuto il regresso contro l'usciere per la parte di colpa a costui imputabile.

Ma dovrebbe farsi eccezione a questa regola, e quindi dovrebbero tutti i mandatari rispondere in solido dell'intero danno, se il fatto imputabile costituisca un delitto, un quasi-delitto, una macchinazione fraudolenta a cui tutti avessero preso parte: tale sarebbe, per esempio, il caso in cui tutti i mandatari, d'accordo e nello stesso tempo, abusino del loro mandato per invertire in proprio vantaggio la cosa loro affidata. Allora infatti, ciascuno degli autori del delitto o del quasi-delitto dovrebbe essere considerato come se individualmente abbia causato un danno, che forse non avrebbe avuto luogo senza la sua cooperazione (2); e per ciò appunto essi debbono in tal caso essere dichiarati solidalmente tenuti.

Ma se lo inadempimento totale o parziale, o la esecuzione viziosa sia imputabile ad un solo o ad alcuni dei mandatari, il mandante non avrebbe dritto a chiedere il risarcimento del danno se non contro colui o coloro per colpa dei quali è avvenuto. Se dunque sia detto nella procura che uno dei mandatari non possa agire senza il concorso dell'altro, sarebbe tenuto dei danni ed interessi quello solo che, per essersi negato a cooperare alla esecuzione o per avervi cooperato incompiutamente o negligentemente, abbia impedito la esecuzione del mandato o l'abbia reso dannevole. — In quest'ordine di idee, è stato giustamente deciso, che se siano stati costituiti due mandatari, senza solidalità, per riscuotere una somma dovuta al mandante, debba risponderne verso costui quello solo che si è incaricato di esigerla e fargliela pervenire, quantunque la quietanza sia firmata da tutti e due; e conseguentemente, che se l'uno di essi che fece la riscossione divenga insolvibile, il mandante non abbia dritto a rivalersi contro l'altro (3). Però, nella specie, era provato ad evidenza non potersi imputare alcuna colpa a quello dei due mandatari che avea lasciato riscuotere la somma dall'altro: se altrimenti fosse stato, la soluzione, come è naturale, avrebbe dovuto essere ben diversa.

III. — 1037. Quando i vari procuratori sono solidalmente obbligati per effetto della convenzione o per volontà della legge, ciascuno di essi sarà responsabile per lo intero, come se fosse solo incaricato della esecuzione del mandato, essendo allora

(1) Parigi, 18 aprile 1836 (S. V., 36, 2, 503; Dalloz, 36, 2, 10).
(2) Cass., 29 dic. 1852 (S.V., 53, 1, 91; Dalloz, 53, 1, 49; *J.P.*, 1854, t. I, p. 494). — *Vedi* pure Rodière (*Solidarietà*, nn. 49 e 50).
(3) Aix, 29 dic. 1843 (S. V., 44, 2, 447).

tutti considerati come se reciprocamente si rappresentassero *ad perpetuandam obligationem*. È questa la solidarietà *perfetta*, non già quella imperfetta stabilita dalla legge tra persone che non si conoscono neppure, come per esempio tra i vari locatari (Cod. Nap., art. 1734 (1580)). Pertanto, tra i mandatari obbligati in solido per convenzione, dovranno ammettersi gli effetti propri della solidarietà perfetta: e quindi la interruzione della prescrizione rispetto ad uno di essi varrà rispetto a tutti gli altri (Cod. Nap., art. 1206 (1159)); l'atto di mora con cui uno dei mandatari sia costituito debitore degli interessi delle somme di cui sia rimasto in debito (*infra*, art. 1996 (1868)), farà correre gli interessi contro tutti gli altri (art. 1207 (1160)); infine, il valore delle cose che periscano per colpa di uno potrà essere domandato non contro costui solamente, ma anche contro quelli che non siano in colpa (art. 1205 (1158)).

1038. Ma bisogna spingersi più oltre, e dire che in caso di perdita avvenuta per colpa di uno dei mandatari solidali, il mandante possa ripetere dagli altri che non siano in colpa, non solo il valore della cosa perita, ma anche i danni ed interessi? Noi nol crediamo. Infatti, l'art. 1205 (1158) dispone, che se la cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora di uno o più debitori solidali, gli altri condebitori, sebbene non discaricati dall' obbligo di pagarne il prezzo, *non sono però tenuti dei danni ed interessi*. Or nella nostra ipotesi non vi è ragione per non applicare questa distinzione chiaramente stabilita dalla legge tra il valore della cosa e i danni cagionati dalla perdita. E pure Aubry e Rau opinano diversamente, insegnando, in tesi generale, che ciascuno dei mandatari solidali risponda *in totum* delle conseguenze delle colpe commesse dagli altri mandatari (1). Ma la loro argomentazione non giustifica per nessun modo la necessità di fare, a tal proposito, una differenza tra i mandatari e tutti gli altri debitori solidali; che anzi il raffronto da loro fatto tra i mandatari e i debitori solidali di un corpo certo distrugge la loro teoria, imperciocchè appunto i debitori solidali di corpi certi sono obbligati a pagare il valore della cosa perita per colpa di uno di essi; ma i danni-interessi cui il creditore può aver dritto non sono punto dovuti da coloro che non sono in colpa.

Parimente, e come conseguenza naturale di ciò che abbiam detto, noi stimiamo che l'uno dei mandatari solidali non sia responsabile di ciò che l' altro abbia fatto eccedendo il mandato. Così è stato deciso dalla Corte di cassazione, in una specie in cui, essendo stati incaricati solidalmente due mandatari ad oggetto di vendere i beni del mandante, coll'obbligo di pagargli una somma determinata, qualunque fosse il prezzo della vendita, con facoltà di ricevere soltanto una parte del prezzo, avvenne che uno di essi, abusando del mandato, avesse ricevuto dai compratori più di quanto avea dritto a ricevere: la Corte decise non essere responsabile l' altro mandatario delle somme da costui abusivamente ricevute, e che quindi, la rimessione del debito fatta dal mandante in favore degli acquirenti dovea, rispetto al mandatario che non era in colpa, fare ridurre in proporzione la somma determinata che egli era incaricato di pagare al mandante (2). E qui possiamo invocare la opinione di Aubry e Rau, i quali infatti, al pari di noi, dicono che l'uno dei mandatari solidali non sia responsabile di ciò che l' altro abbia fatto eccedendo i limiti del mandato, ed approvano la decisione profferita dalla Corte suprema (3). Ma, nel mentre ci appoggiamo alla autorità di questi eminenti giureconsulti, non possiamo fare a meno di osservare che la loro soluzione, in quest' ultimo punto, viene in urto colla loro teoria precedente. L'atto con cui un manda-

(1) Aubry e Rau (3ª ediz., t. III, p. 466 e nota 11).

(2) Cass., 6 aprile 1841 (S.V., 41, 1, 592; Dalloz, 41, 1, 222).

(3) *Vedi* Aubry e Rau (*loc. cit.*, e nota 12).

tario eccede il suo mandato costituisce certamente una colpa: nè a dir vero ci sembra molto conseguente dire, da una mano, che il mandatario solidale non risponda di ciò che sia fatto dall' altro mandatario eccedendo il mandato; e dall'altra, che risponda invece di tutte le conseguenze delle colpe di costui.

IV. — 1039. Finora abbiamo supposto il caso di diversi mandatarî costituiti per un medesimo affare, e con un solo atto. Esaminiamo ora il caso in cui due o più mandatarî siano costituiti con diversi atti, ben inteso però, colla dichiarazione che la seconda procura non revochi la prima.

Ed in prima, i mandatarî costituiti con atti successivi non saranno tra di loro solidali se non quando la solidalità sia stata stipulata. È questa la regola consacrata nell'art. 1202 (1155), la quale devesi nella nostra ipotesi applicare, sebbene l'art. 1995 (1867) sembri riferirsi soltanto al caso in cui i mandatarî siano stati costituiti con un solo e medesimo atto: però, la solidarietà sarà perfetta o imperfetta, secondo una distinzione che bisogna stabilire.—Se i mandatarî non si sono obbligati nel medesimo tempo e col medesimo atto, non vi sarà tra di loro solidalità perfetta se non quando, riunite le loro volontà, vi si siano sottoposti di comune accordo: per esempio, se Giacomo, costituito oggi mandatario, dichiari anticipatamente di obbligarsi in solido con Giuseppe, che domani sarà incaricato del medesimo affare; o se, dopochè Giuseppe, ultimo costituito, si sia sottoposto alla solidalità, Giacomo dichiari che intenda assumere la medesima obbligazione solidale. — Se però i mandatarî successivi si obblighino, ciascuno per l' intero, senza dichiarare di riunirsi insieme con una specie di società, si stabilirebbe allora una solidarietà *imperfetta*, i mandatarî non si rappresenterebbero gli uni cogli altri, e quindi sarebbero inapplicabili gli art. 1205 (1155) e seguenti del Codice.—Questa distinzione per altro è stata nitidamente dimostrata da Marcadè sotto gli art. 1200 e 1201 (1153 e 1154); sicchè non occorre insistervi più che tanto (1).

Se la solidarietà non siasi stipulata, i mandatarî costituiti con atti successivi saranno in una condizione diversa da quella indicata sia nei nn. 1035 e 1036, sia nei nn. 1037 e 1038; in quanto che ciascuno sarà tenuto per intero della esecuzione del mandato, come se fosse solo incaricato dello affare: insomma trattasi di tanti mandati distinti; nel che appunto la condizione dei mandatarî costituiti con atti successivi differisce da quella dei mandatarî costituiti senza solidarietà con un solo e medesimo atto (*sopra*, nn. 1035 e 1036). Ma i diversi mandatarî non avranno alcuna relazione tra di loro: diguisachè non solo il giudizio mosso contro di uno non fa correre gli interessi contro degli altri; nè interrompe la prescrizione in loro favore, ma la perdita sopravvenuta per colpa dell'uno importa la liberazione degli altri, purchè non siano anche in colpa; ed in ciò la condizione differisce da quella di più mandatarî costituiti in solido con un solo atto (*sopra*, nn. 1037 e 1038).

1996 (1868). — Il mandatario dee gli interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso, dalla data di tal impiego: e di quelle di cui sia rimasto in debito, dal giorno in cui fu costituito in mora.

(1) *Vedi* Marcadè (t. II, p. 2ª, nn. 601 e 602.— *Vedi* pure Toullier (t. VI, n. 723).—*Conf.* Mourlon (t. III, p. 433).

SOMMARIO.

I. — 1040. Il nostro articolo, come già sopra avvertimmo (n. 1001), riannodasi all'art. 1993 (1865), in cui è stabilito l'obbligo del mandatario di render conto del suo operato, e ne è il compimento naturale e necessario, per ciò che riguarda la enumerazione delle cose che il mandatario deve al mandante corrispondere: ciò importa che esso è regolato dal medesimo principio. Nella esecuzione del mandato, tutto ciò che fa il mandatario è per conto di colui che gli ha dato l'incarico, al quale dunque appartengono tutti i profitti: il mandatario, semplice rappresentante, non può di nulla avvantaggiarsi. Su ciò fondasi l'articolo 1993 (1865), quando dice che il mandatario deve corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura; ed il nostro articolo col medesimo intendimento dispone, che il mandatario deve gli interessi delle somme che ha impiegate a proprio uso, dalla data di tale impiego; e di quelle di cui sia rimasto in debito, dal giorno in cui fu costituito in mora.

Come risulta da tale disposizione, il mandatario, in due casi distinti, è dichiarato debitore od obbligato a render conto degli interessi delle somme da lui ricevute per conto del mandante. E noi distintamente ne parleremo, riservandoci in seguito a fare talune osservazioni comuni all'uno e all'altro caso.

II.—1041. E primieramente, il mandatario

deve gli interessi delle somme, appartenenti al mandante, che ha impiegate a proprio uso. Ciò facendo, il mandatario trasgredisce la legge del contratto, commette una violazione che può in certo modo paragonarsi a quella del depositario che impieghi per lui, senza il permesso del deponente, le somme affidategli in deposito (*sopra*, n. 443). Gli era dunque il meno che la legge potesse fare, obbligando il mandatario a render conto e corrispondere al mandante gli interessi di queste somme indebitamente impiegate: sicchè bisogna, in certo modo, riguardare la regola come assoluta, e dire che l'obbligazione di pagare gli interessi incomba a qualsiasi mandatario. La moglie, mandataria del marito, e il marito, mandatario della moglie, avranno il medesimo obbligo, salvo, in quanto a quest'ultimo, la disposizione degli art. 1537 e 1578 (T e 1391) del Codice Napoleone. E la giurisprudenza ben a ragione ha applicato questa regola al notaro (1), al sindaco di un fallimento (2), ai preposti della amministrazione del registro e del demanio (3), ecc.

1042. Del resto, il mandatario non diventa debitore degli interessi se non per il fatto dello impiego, e dalla data di questo è tenuto a renderne conto. D'onde varie conseguenze.

Da una mano, il mandatario non dovrà gli interessi delle somme ricevute per conto del mandante per ciò solo che le abbia ricevuto. Anche quando sia stato specialmente incaricato di impiegare i capitali appartenenti al mandante, deve darglisi per ciò fare un termine qualunque entro il quale non potrebbero ragionevolmente fargli si pagare gli interessi (4). Con ciò non intendiamo già dire che il mandatario non possa mai aver l'obbligo di pagare al mandante gli interessi dei capitali che non abbia impiegati a suo profitto; che anzi riteniamo dover egli pagare gli interessi se, avendo ricevuto dei capitali che avrebbe potuto e dovuto impiegare in estinzione di un debito del mandante producente interessi, li abbia conservato improduttivi nelle sue mani. Ma in questo caso, la sua obbligazione non sarebbe già conseguenza del nostro articolo, ma effetto della colpa da lui commessa, per non aver fatto ciò che al suo posto avrebbe dovuto fare un buon padre di famiglia; e quindi la sua responsabilità dovrebbe valutarsi secondo i principî sopra esposti a proposito dell'art. 1992 (1864) (nn. 990 e seg.).

1043. D'altra parte, il mandante non potrà pretendere gli interessi se non provi il fatto dello impiego abusivo preveduto dal nostro articolo. Invano proverebbe che il suo rappresentante abbia ricevuto somme e capitali a lui appartenenti; questa pruova non sarebbe per sè sola sufficiente: il mandante dovrebbe inoltre dimostrare che tali somme o capitali siano stati effettivamente impiegati dal mandatario, ed impiegati a suo proprio uso. Il fatto dello impiego costituisce una violazione della legge del contratto; violazione che, come ben si comprende, non potrà presumersi. È necessario adunque se ne faccia la pruova; e poichè in tal caso il mandante là fa da attore, incombe naturalmente a lui l'obbligo di far questa pruova (5).

Ma provato il fatto, gli interessi sono dovuti di pieno dritto al mandante dalla data dello impiego, ed il mandatario non potrà esser liberato dall'obbligo di pagarli, quand'anche lo impiego in realtà non abbia cagionato alcun danno al mandante. Un mandatario incaricato di pagare un creditore del mandante avea disposto della somma

(1) Parigi, 14 febb. 1823 (S.V., 23, 2, 261; *Coll. nov.*, 7, 2, 173; Dalloz. 23, 2, 131).
(2) Ric., 1° dic. 1841 (S.V., 42, 1, 224; Dalloz, 42, 1, 17).
(3) Parere del consiglio di Stato dei 9-20 luglio 1808 (S.V., 8, 2, 257).
(4) Metz, 6 febb. 1824 (S. V., *Coll. nov.*, 7, 2, 315).
(5) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 246); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 463); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 45, nota 16); Troplong (n. 503).

ricevuta a tale oggetto, impiegandola a suo proprio uso, invece di fare il pagamento: la Corte di cassazione dichiarò responsabile il mandatario *verso il mandante*, sebbene in fatto tutto il danno erasi sofferto dal creditore che non era stato pagato (1).

1044. La prescrizione di cinque anni stabilita dallo art. 2277 (2183) non può applicarsi agli interessi dovuti dal mandatario sulle somme del mandante impiegate a suo proprio uso: così deve dirsi almeno finchè non sia stato dato il conto (2). Infatti, l'art. 2277 (2183) non riguarda già gli interessi dovuti per crediti di somma indeterminata, per pretendere i quali non può certamente competere al creditore una azione diversa da quella che gli compete per far determinare il valore del suo credito principale (3). Per altro, non bisogna obliare che l'art. 1996 (1868) disponendo che gli interessi corrono dal giorno dello impiego, non ha fatto che uniformarsi alla legge del contratto, il quale, facendo del mandatario un semplice rappresentante, implica l'idea che tutto l'utile del negozio vada a vantaggio di colui che è stato rappresentato dal mandatario, e per conto di cui questo ha agito. Ma si contravverrebbe certamente a questo pensiero del contratto se, per essere scorsi dieci, quindici, venti anni dal giorno in cui abbia impiegato a suo proprio uso le somme ricevute per conto del suo mandante, non dovesse il mandatario corrispondergli gli interessi per altrettante annate, dimodochè, dopo aver tratto profitto del capitale per un così lungo periodo, possa liberarsi pagando gli interessi per cinque anni soltanto.

1045. Indipendentemente dagli interessi legali, può il mandatario, secondo i casi, essere tenuto ad altri danni, se il mandante ne abbia sofferto a causa dello impiego da lui fatto. Si cita ad esempio, il caso in cui il mandante sia stato esposto a procedimenti per parte del creditore, avendo il mandatario impiegato a suo proprio uso i capitali destinati a pagare un debito di colui: ed in tal caso si decidè, e ben a ragione, che il mandatario, oltre gli interessi legali della somma indebitamente impiegata, sia tenuto a ristorare il mandante delle spese fatte a causa della lite (4). Invero l'art. 1153 (1107) dispone che, nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gli interessi risultanti dal ritardo di eseguirle *non consistono giammai se non nella condanna a pagare gli interessi fissati dalla legge*. Ma nel caso nostro, come giustamente osservano gli scrittori, l'obbligazione del mandatario non è ristretta solo al pagamento di una somma determinata, ma consiste inoltre nella obbligazione di fare qualche cosa, di pagare il debito del mandante. E se quest'ultimo, *indipendentemente* dalle spese del giudizio, fosse *condannato* a pagare al suo creditore danni ed interessi a causa del ritardo o dello inadempimento alle sue obbligazioni, il mandatario dovrebbe parimente rifarnelo.

Finora, come si vede, abbiamo supposto che lo impiego fatto dal mandatario a suo proprio uso delle somme da lui ricevute in forza della procura abbia cagionato un danno al mandante. Se danno non vi sia, il mandatario sarebbe certamente liberato pagandogli puramente e semplicemente gli interessi legali delle somme da lui impiegate. Però bisogna escludere il caso in cui il mandatario abbia ricavato dallo impiego un utile che ecceda il valore degli interessi legali; poichè allora, secondo noi, tutto dovrebbe attribuirsi al mandante, ripugnando alla natura del contratto che il

(1) Rig., 19 dic. 1853 (S.V., 54, 1, 701; Dalloz, 54, 1, 26; J. P., 1855, t. II, p. 396).

(2) Cass., 22 maggio 1822; Liége, 10 luglio 1833; Cass., 7 maggio 1845 (S. V., 22, 1, 416; 34, 2, 172; 45, 1, 644; *Coll. nov.*, 7, 1, 72; Dalloz, 22, 1, 390; 34, 2, 129; 45, 1, 305; J.P., 1845, t. II, p. 550).

(3) *Vedi* Troplong (*Prescriz.*, n. 1028); Aubry e Rau (3ª ediz., t. VI, p. 523, note 23 e 25); Marcadè (art. 2277 (2183), n. V); Vazeille (n. 612-616).

(4) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 246); Taulier (t. VI, p. 527); Troplong (n. 504); Mourlon (t. III, p. 443); Aubry e Rau (t. III, p. 466, nota 8).

mandatario ne prenda per sè una parte qualunque. Troplong ammette questa soluzione, ma nel solo caso in cui il mandato consista precisamente nel far fruttare la somma ricevuta: invece la respinge nel caso in cui il mandato non obblighi il mandatario a dare una destinazione precisa alla somma, ritenendo che allora il mandatario, qualunque siasi l' utile che abbia ritratto dallo impiego, non debba altro al mandante che gli interessi legali della somma impiegata (1). In ciò l'eminente giureconsulto non fa che ripetere pel mandatario quanto avea detto, in caso analogo, pel depositario. Ma noi, che abbiamo combattuta questa soluzione, nel *Deposito*, come contraria alla natura del contratto (*sopra*, numero 469), la combattiamo ugualmente, e pei medesimi motivi, nel contratto di mandato.

1046. Non insistiamo più che tanto sulla penalità civile stabilita dalla legge contro il mandatario che abbia indebitamente impiegato i danari del mandante. Ma oltre a questa penalità civile, havvi una sanzione penale quando lo impiego costituisca lo abuso di confidenza preveduto e punito dall'art. 408 del Codice penale (631 Codice penale italiano). Di ciò non dobbiamo noi occuparci, poichè esce dal nostro subbietto. Diremo soltanto che lo impiego di cui trattasi può costituire il reato di abuso di confidenza, ma non lo costituisce necessariamente; infatti il reato suppone sempre una intenzione fraudolenta, senza di cui non può incorrersi la sanzione penale, ma invece dovrebbe applicarsi la penalità civile stabilita dal nostro articolo 1996 (1868), il quale differisce essenzialmente dall' articolo 408 (631) del Codice penale, nè fondasi punto sulla medesima supposizione.

1047. Aggiungiamo infine, non potersi applicare la stessa penalità civile se il mandatario abbia impiegato a suo proprio uso i capitali del mandante, ma col di lui consentimento. In questo caso infatti non vi sarebbe più l'abuso e la violazione del contratto per cui si impegna la responsabilità del mandatario. Dato che sia autorizzato a servirsi pei suoi affari personali delle somme del mandante, egli non sarà certo responsabile per averle impiegato a suo uso; la sua condizione rispetto al mandante sarà in sostanza quella di un mutuatario rispetto al mutuante. Egli dunque non dovrà interessi di pieno dritto per le somme da lui impiegate; ma li dovrà soltanto se vi sia convenzione formale a tal riguardo, in conformità degli art. 1905 (1777) e seguenti del Codice Napoleone (*sopra*, nn. 246 e seg.). E se gli interessi siano stati stipulati, vi si dovrà applicare la prescrizione di cinque anni stabilita dall'articolo 2277 (2183).

III. — **1048.** In secondo luogo, il mandatario deve gli interessi delle somme di cui sia rimasto in debito: è questo il secondo caso preveduto dal nostro articolo, ai termini del quale il mandatario deve gli interessi delle somme di cui sia rimasto in debito, *dal giorno in cui fu costituito in mora*. Questi interessi differiscono da quelli di cui abbiamo parlato in taluni punti importanti, che bisogna determinare.

Ed in prima, come risulta dai termini stessi della legge, essi non corrono di pieno dritto. Ma non sono nemmeno governati dalla regola generale dell' articolo 1153 (1107), § 3, secondo cui gli interessi non sono dovuti se non *dal giorno della domanda*. Gli scrittori generalmente hanno censurato questa disposizione come incompiuta, in quanto che non comprende i casi in cui, senza essere necessaria la mora che risulta specialmente dalla domanda giudiziale, può quella risultare da una semplice intimazione, giusta il dritto comune consacrato nell'art. 1139 (1093). Il nostro caso è appunto uno di questi; per cui si ritiene che se il mandatario è tenuto agli interessi delle somme di cui sia rimasto in debito dal giorno in cui sia costituito in mora, questa può risultare da

(1) *Vedi* Troplong (n. 502).

una semplice intimazione, giusta l'art. 1139 (1093) del Codice Napoleone (1).

1049. È stato anzi giudicato, che la mora del mandatario necessaria a far correre gli interessi può anche risultare dalla corrispondenza delle parti (2). E la decisione è esattissima: infatti, la intimazione non è il solo mezzo capace a produrre la interpellazione necessaria per costituire in mora; si può dire che tutti gli atti che hanno per effetto di interrompere la prescrizione valgono, con più buona ragione, come atti di interpellazione: or la ricognizione contenuta in una lettera è certo un atto interrompente.

Ma un sequestro fatto nelle mani del mandatario del debitore, quand' anche seguito da una intima a consegnare diretta al mandatario dal solo sequestrante, dopo il sequestro, non costituirebbe l' atto di mora nel senso della legge, nè in conseguenza renderebbe il mandatario debitore degli interessi delle somme che, non ostante la intimazione, abbia trattenuto in suo potere (3). Un tal sequestro avrà certamente per effetto di porre sotto la mano della giustizia le somme dovute dal terzo sequestrato, e quindi di vietargliene qualunque pagamento in danno del sequestrante; ma non potrà far correre gli interessi in favore del debitore sequestrato.

Dicasi lo stesso della semplice domanda per rendimento di conto diretta dal mandante al mandatario (4), la quale per sè sola non potrebbe costituire la mora capace di far correre gli interessi, perciocchè gli interessi non saranno dovuti dal mandatario se non quando rimane in debito; ma finchè il conto non sia reso liquido non vi ha debito a suo carico, nè quindi costituzione di mora.

1050. Una seconda differenza per cui gli interessi delle somme di cui il mandatario sia rimasto in debito distinguonsi da quelli delle somme impiegate a suo proprio uso consiste in ciò, che quelli si prescrivono in cinque anni, per applicazione dell' articolo 2277 (2183) del Codice Napoleone. Infatti, come dicemmo, gli interessi delle somme impiegate dal mandatario a suo proprio uso non sono soggetti alla prescrizione quinquennale, appunto perchè la somma del credito non è determinata (*sopra*, numero 1044). Ma qui non avviene il medesimo: il debito del mandatario è pur troppo chiaramente determinato per effetto del conto; sicchè dovrà naturalmente applicarvisi la regola generale stabilita dallo art. 2277 (2183). A tal rispetto, può applicarsi al residuo del conto del mandatario in generale ciò che si dice del residuo del conto della tutela, poichè il tutore è una specie di mandatario.

IV. — **1051.** Da ultimo, per compiere il commentario del nostro articolo, ci restano a fare due osservazioni comuni agli interessi del residuo dovuto dal mandatario e a quelli delle somme da costui a suo proprio uso impiegate.

La prima è, che gli interessi devono in ambidue i casi pagarsi dal mandatario alla ragione legale del 5 o 6 per 100, secondo che il mandato sia civile o commerciale. Dal che segue che, se il mandato è commerciale, gli interessi dovranno valutarsi al 6 e non al 5, quand'anche il mandante non sia un commerciante (*sopra*, numero 277) (5).

1052. La seconda osservazione è, che gli interessi dovuti dal mandatario non producono interessi.

Si è voluto credere, ma a torto, che

(1) *Vedi* Bourges, 13 aprile 1840 (S. V., 40, 2, 527). — *Vedi* pure Duranton (t. XVIII, n. 248); Taulier (t. VI, p. 527); Mourlon (t. III, p. 443); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 45, nota 17); Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n. 7931); Boileux (t. VI, p. 596); Troplong (n. 508); Aubry e Rau (t. III, p. 65, nota 11, e p. 466, nota 9).

(2) Ric., 15 marzo 1821 (S. V., *Coll. nov.*, 6, 1, 397; Dalloz, 21, 1, 197; J.P., 23, p. 215). — *Vedi* pure Troplong (n. 509); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 464); Aubry e Rau (t. III, p. 64, note 8 e 9).

(3) Caen, 25 febb. 1846 (S.V., 47, 2, 302; Dalloz, 47, 2, 120; J. P, 1847, t. II, p. 35).

(4) Douai, 6 genn. 1849 (Dalloz, 49, 2, 96; J.P., 1850, t. I, p. 661).

(5) Cass., 7 maggio 1845 (S.V., 45, 1, 644; Dalloz, 45, 1, 305; J. P., 1845, t. II, p. 550).

Troplong abbia annunziato una opinione contraria in un tratto del suo commentario *Del Mandato*. L'autore, d'accordo con Pothier, e fondandosi sull'autorità di Papiniano, insegna che se le somme dal mandatario impiegate a suo proprio uso non siano capitali del mandante, ma interessi pagati da terze persone, quegli debba nondimeno pagarne gli interessi (1). Il che è giustissimo, nè può mettersi in dubbio; poichè gli interessi di cui il mandatario si è servito costituiscono per lui un capitale. Egli dunque ne deve gli interessi: se così non fosse, sotto pretesto che le somme da lui ricevute per conto del mandante siano semplici interessi, gli si darebbe per ciò stesso abilità di servirsene pei suoi propri affari e a suo vantaggio, eludendo manifestamente la disposizione del nostro articolo.

Ma gli è ben altro il vedere, se gli interessi dovuti dal mandatario al mandante producano interessi di pieno dritto. Cotal quistione devesi necessariamente decidere negativamente, in virtù dell'art. 1154 (T), secondo il quale gli interessi scaduti dei capitali possono produrre interessi, o in forza di una domanda giudiziale, o in vigore di una convenzione speciale.

1997 (1869). — Il mandatario che ha dato alla parte con cui contratta in tal qualità, una bastante notizia delle facoltà ricevute, non è tenuto a veruna garentia per quello che si è operato oltre i limiti di tali facoltà, fuorchè quando vi si sia personalmente obbligato.

SOMMARIO.

I. 1053. L'art. 1997 (1869) chiude la serie delle disposizioni comprese nel capitolo relativo alle obbligazioni del mandatario; differisce da quelli che lo precedono in quanto che, consacrando talune eccezioni, riguarda le relazioni del mandatario verso i terzi. — Divisione.

II. 1054. In tesi generale, il mandatario, anche quando eccede i suoi poteri, non si obbliga verso i terzi; l'articolo 1997 (1869) suppone questa regola senza espressamente formularla. — 1055 Ma essa è propria del contratto di mandato, distinguendosi specialmente per questo aspetto il mandatario dal commissionario: rimando.

III. 1056. Nondimeno, questa regola propria del mandato soffre talune eccezioni, che sono dal nostro articolo consacrate. Sorge da esse, che in due casi il mandatario che ecceda i suoi poteri sarà responsabile verso la parte con cui contratta. — 1057. 1° Quando non le abbia dato una bastante notizia delle sue facoltà: a chi incombe l'obbligo di pruovare che la parte con cui il mandatario ha contratto abbia avuta una notizia sufficiente delle di lui facoltà? Controversia. — 1058. 2° Quando, sebbene abbia dato ai terzi notizia delle sue facoltà, siasi personalmente obbligato a garentirli. In tutti i casi il mandatario deve garentire la sua qualità di mandatario.

I. — 1053. L'art. 1997 (1869), con cui ha termine la serie delle disposizioni comprese nel capitolo relativo alle obbligazioni del mandatario, si distingue dagli altri articoli dello stesso capitolo in quanto che non parla delle obbligazioni del mandatario verso il mandante, ma delle relazioni tra il mandatario e i terzi. Nondimeno il carattere particolare dello art. 1997 (1869) dipende dalle eccezioni che consacra, le

(1) *Vedi* Pothier (n. 56); Troplong (n. 499). — *Junge*: Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. II, p. 45, nota 13); Boileux (t. VI, p. 595).

quali però suppongono una regola che lo rende armonizzante col pensiero generale del presente capitolo. Occorre dunque pria di tutto stabilire questa regola, a cui per altro abbiamo spesse volte fatto allusione; quindi esamineremo il testo per vedere quali eccezioni contenga alla regola virtualmente consacrata.

II. — **1054**. Per regola generale, il mandatario non si obbliga verso le parti colle quali contratta. Quand'egli figura nella qualità di *mandatario*, o di *procuratore* di un tale, suo mandante, non contrae personalmente alcuna obbligazione, ma obbliga il mandante che ha agito per suo mezzo (1). Ciò deve anche dirsi quando, nella esecuzione, ecceda i suoi poteri e si allontani dai termini della procura: egli allora impegnerà certamente la sua responsabilità, poichè è una regola fondamentale di questa materia (*sopra*, art. 1989 (1861), numeri 978-983) che il mandatario non possa fare cosa alcuna oltre ciò che è contenuto nel suo mandato; ma, per principio, i suoi eccessi lo rendono responsabile verso il mandante, e non verso i terzi.

Or il nostro articolo tutto questo presuppone, quando dice che il mandatario che ha dato alla parte con cui contratta una bastante notizia delle facoltà ricevute, non è tenuto a veruna garenzia *per quello che si è operato oltre i limiti di tali facoltà, fuorchè quando vi si sia personalmente obbligato*. Il che implica necessariamente l'idea: da una parte, che per regola generale il mandatario che non ecceda i limiti del mandato non assume alcuna obbligazione rispetto ai terzi, perciocchè non cape in mente che egli possa allora essere obbligato verso di loro, mentre non lo è quando trasgredisce gli ordini del mandante; d'altra parte, che anche quando ecceda le sue facoltà, egli non sarà nemmeno personalmente obbligato, in tesi generale, poichè, per volontà della legge, egli allora non è tenuto a garenzia se non quando non abbia fatto conoscere le facoltà ricevute o vi si sia personalmente obbligato. — Possiamo adunque stabilire come principio, per una induzione necessaria dal nostro articolo, che il mandatario, rispetto alle parti con cui contratta in tal qualità, è un intermedio, un istrumento di cui si serve il mandante per mettersi in relazione coi terzi, un *nudus minister*, secondo una frase molto usata dai dottori.

Per altro, noi troveremo la giustificazione e il corollario di questa idea, parlando delle obbligazioni del *mandante*, e specialmente nel commentario dell'articolo 1998 (1870), ove vedremo che le relazioni tra il mandante e i terzi sono dirette, reputandosi che quegli abbia direttamente contratto. Ma possiamo fin da ora aggiungere, che se il mandatario, agendo in nome del mandante, non è per regola generale obbligato verso i terzi, così i terzi *non* sono obbligati verso di lui.

Sicchè, dato il caso che *egli soffra qualche perdita per la esecuzione del mandato*, non avrebbe alcun dritto a rivolgersi contro la parte con cui ha contratto; ma potrebbe unicamente rivolgersi, in forza dell'articolo 2000 (1872), contro il mandante per farsi rendere indenne (*infra*, nn. 1112 e seg.): e appunto per questo, in una specie in cui un mandatario avea anticipato il prezzo di un regalo da lui fatto in nome del mandante, è stato giudicato che, mancando quest'ultimo o i suoi rappresentanti di pagargliela, il mandatario non abbia alcun dritto a rivolgersi contro la persona gratificata (2).

1055. Non crediamo dovere più oltre insistere sulla regola che scaturisce dal nostro articolo; ma giova ricordare che essa è propria del contratto di mandato, e appunto per questo aspetto importa distinguere il mandato propriamente detto dalla commissione, il mandatario dal commissionario.

(1) *Vedi* Pothier (n. 87).
(2) Parigi, 11 febbraro 1808 (S. V., 8, 2; 78; *Coll. nov.*, 2, 2, 344).

Infatti, rispetto a quest'ultimo, non può punto applicarsi quanto finora abbiam detto; ma tutto all'opposto egli si obbliga personalmente verso i terzi, ed obbliga questi verso di lui; siccome il committente nè si obbliga direttamente, nè ha azione diretta verso i terzi con cui il commissionario ha contratto. Di ciò noi già sopra parlammo (nn. 827-829); nè vi saremmo tornati se Troplong, nel condannare questa distinzione, non si fosse principalmente fondato sul nostro art. 1997 (1869) (1).

Ed è strano per altro che, nel mentre la censura vivamente, lo stesso Troplong poi se ne fa sostenitore, poichè al postutto egli dice che le relazioni del mandante (e conseguentemente quelle del mandatario) differiscono assolutamente, secondo che il mandatario agisca *procuratorio* o *proprio nomine*. Ma noi non chiediamo più di tanto; per cui potremmo dire che il disparere stia piuttosto nelle parole, che nella sostanza delle cose. Il che per altro sorge a sovrabbondanza dimostrato dalle stesse spiegazioni date dall'insigne scrittore nel commento di questo articolo: infatti le sue teorie armonizzano perfettamente colla distinzione da noi fatta tra il mandato e la commissione, anzi ne ricevono vivissima luce. — Giovi però ricordare, onde escludere la supposizione su cui sembrano fondarsi le censure contrarie, che la nostra distinzione non devesi intendere ed applicare nel senso che sia speciale al commercio la condizione di un mandatario che agisca in suo proprio nome, e propria esclusivamente del dritto civile la condizione del mandatario che agisca in nome del mandante. Per l'opposto, secondo noi, l'operazione *procuratorio nomine*, cioè il mandato propriamente detto, può darsi non solo in materia civile, ma anche in materia commerciale, e viceversa l'operazione *proprio nomine*, cioè la commissione, può darsi tanto in materia commerciale, quanto in materia civile (*sopra*, n. 828). La natura dello affare può unicamente influire sotto questo aspetto, in quanto che il mandato sarà più frequente in materia civile, mentre in materia commerciale sarà più frequente la commissione, e, in caso di dubbio, più facilmente presunta.

III. — 1056. Ed ora veniamo all'oggetto preciso del nostro art. 1997 (1869). Come abbiamo veduto, esso presuppone che il mandatario che agisce in nome del mandante non sia personalmente obbligato verso i terzi, anche quando ecceda i limiti del suo mandato; e mira specialmente a determinare le condizioni o i casi in cui i terzi possano, per eccezione, esercitare un regresso contro il mandatario. Or, come da esso risulta, in due casi soltanto il mandatario che ecceda le sue facoltà è responsabile verso la parte colla quale ha contratto.

1057. Ed in prima, egli è responsabile quando non abbia dato alla parte una sufficiente notizia delle facoltà ricevute. Nella ignoranza del mandato, la parte ha ben potuto credere che il mandatario, agendo in nome del mandante, abbia fatto ciò che gli era permesso di fare; e quindi le si deve dare il dritto di rivolgersi contro il mandatario, nel caso in cui il mandante non ratifichi quanto da colui fu fatto. Per l'opposto, la parte non avrebbe di che dolersi se, avendo avuto piena conoscenza del mandato, siasi volontariamente impegnata in atti tali che eccedevano manifestamente le facoltà in quello contenute; essa allora ha agito a suo rischio e pericolo, nè dovrà avere alcun dritto a garenzia, nemmeno contro il mandatario (2).

Ciò posto, vedesi di leggieri di quanta importanza sia pei terzi giustificare se abbiano o pur no avuto notizia sufficiente della procura del mandatario; non avendo eglino alcuna azione contro il mandante, il quale non può essere rappresen-

(1) *Vedi* Troplong (nn. 521 e seg.).
(2) Cass, 25 marzo 1814 (S. V., 14, 1, 280; *Coll. nov.*, 4, 1, 551).

tato se non entro i limiti della procura conferita, gli è evidente che sarebbero privi di qualunque azione se non potessero rivolgersi colla persona del mandatario. Quando potrà dunque dirsi che essi abbiano avuto notizia bastante delle facoltà del mandatario? E l'obbligo di provare se siano state fatte o pur no le comunicazioni necessarie, incomberà forse al mandatario, che dovrà esonerarsi da qualunque responsabilità, o al terzo che, per esercitare il suo regresso, dovrà provare di non essere stato sufficientemente avvertito? Se la quistione fosse capace di una soluzione generale, dovrebbe, secondo noi, risolversi contro i terzi, ai quali, più che al mandatario, dovrebbe essere imposto l'obbligo della pruova. Delvincourt è di questa opinione(1). Ma altri hanno fatto giustamente osservare che sia ben difficile stabilire al proposito una regola assoluta (2); avvegnachè qui tutto dipenda dalle circostanze, che variano a seconda dei casi: e quindi giova meglio lasciarne la soluzione al potere discrezionale dei magistrati.

1058. In secondo luogo, il mandatario è responsabile di ciò che faccia oltre i limiti del mandato se, quantunque abbia dato alla parte con cui contratta notizia sufficiente delle sue facoltà, si sia personalmente obbligato alla garenzia. Per modo d'esempio se, trasgredendo gli ordini del mandante, siasi reso di lui mallevadore ed abbia promesso la ratifica, gli è evidente che egli siasi con ciò esposto all'azione della parte colla quale ha contratto, e quindi sia personalmente tenuto, come lo è in generale qualunque persona che si rende mallevadrice per altri.

Questo pensiero che sorge dalle ultime parole del nostro articolo, non è che la applicazione speciale d'un principio generale. In fatto potrà muoversi qualche dubbio per vedere se la tale o tal altra stipulazione implichi sufficientemente una promessa di garenzia (3). Ma stabilito questo punto, la regola per sè stessa sarà sempre di facilissima applicazione.

Per altro, noi qui parliamo della garenzia di ciò che sia fatto dal mandatario al di là del mandato. Per ciò che entra nei limiti del mandato, la garenzia è dovuta in tutti i casi e di pieno dritto, senza che sia stata promessa. Per esempio, pongasi che il mandatario stipuli con tal *qualità*, mentre realmente non l'ha, *o non l'ha più* perchè il mandato è cessato: gli è naturale che egli allora debba garentire la qualità assunta; e se il contratto non potrà per ciò eseguirsi, il mandatario è tenuto ai danni ed interessi verso l'altra parte (4). Però in tal caso la garenzia è dovuta piuttosto in forza dell'art. 1382 (1336) che dell'art. 1997 (1869).

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 241, nota 6).

(2) *Vedi* Aubry e Rau (t. III, p. 471, nota 7); Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 53, nota 7); Troplong (n. 592). — *Vedi* pure Douai, 15 maggio 1844 (S. V., 44, 2, 403).

(3) *Vedi* Limoges, 25 marzo 1846 (S. V., 48, 2, 34; Dalloz, 48, 2, 32; J. P., 1848, t. I, p. 507).

(4) *Vedi* la decisione citata nella precedente nota. — *Junge*: Grenoble, 1° marzo 1845 (S. V., 48, 2, 33; J. P., 1845, t. II, p. 784; Dalloz, 48, 2, 32).

CAPITOLO III.

DELLE OBBLIGAZIONI DEL MANDANTE.

SOMMARIO.

1059. Osservazioni preliminari.

1059. I compilatori del Codice, in questo capitolo, hanno seguito un metodo opposto a quello adottato nel capitolo precedente. Trattando delle obbligazioni del mandatario, parlarono in prima delle relazioni tra mandante e mandatario (art. 1991 a 1996 (1863 a 1868)); quindi, nell'art. 1997 (1869), indicarono le relazioni tra il mandatario e i terzi. Per l'inverso, nel presente capitolo, trattando delle obbligazioni del mandante, svolgono prima le obbligazioni che ha quest'ultimo rispetto ai terzi (articolo 1998 (1870)), e quindi quelle che ha rispetto al suo mandatario (articoli 1999 a 2002 (1871 a 1874)). Noi non muteremo l'ordine degli articoli, ma ne seguiremo il sistema, che per altro è assai ragionevole. Le obbligazioni del mandatario, che prime si presentano alla mente, sono quelle che ha verso il mandante, poichè quelle che può avere verso i terzi sono puramente casuali. e d' ordinario egli non ne ha alcuna. Al contrario, le obbligazioni del mandante verso i terzi sono la conseguenza naturale e diretta del mandato, inquantochè non sono fondate sul contratto medesimo del mandato, il quale resta estraneo ai terzi e non li sottopone ad alcuna azione, ma nei contratti fatti, in esecuzione del mandato, tra i terzi e il mandante che ha agito per organo del mandatario. Or le obbligazioni del mandante verso il mandatario non sono, come già sopra dicemmo, nè una conseguenza, nè una continuazione del mandato; ma nascono o pur no *ex post facto*, secondo che il mandatario abbia o no fatto spese, o sofferto perdite nella esecuzione; ed appunto per questo il mandato si è compreso tra i contratti unilaterali, sebbene la eventualità che una delle parti potesse essere obbligata gli abbia fatto dare la qualifica di *sinallagmatico imperfetto* (*sopra*, n. 801).

Così spiegato e giustificato il metodo della legge, veniamo ora al commentario.

1998 (1870). — Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà che gli ha date.

Non è tenuto per ciò che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se non in quanto egli l'abbia espressamente o tacitamente ratificato.

SOMMARIO.

I. 1060. Obbligazioni e relazioni del mandante verso i terzi che hanno contratto col mandatario. Sguardo generale e divisione.

II. *1061. Atti fatti dal mandatario entro i limiti del mandato : sono considerati come fatti dallo stesso mandante se il mandatario abbia agito* procuratorio nomine; *è questo il caso del mandato propriamente detto. Quando il mandatario agisce in suo proprio nome, le conseguenze sono essenzialmente diverse. In che consista la differenza.—1062. Nondimeno, le due condizioni possono concorrere nel medesimo affare.—1063. Continuazione.—1064.* Rispetto ai terzi, *la quistione se il mandatario si sia tenuto entro i limiti del mandato si risolve secondo il contenuto apparente della procura. diguisachè gli atti fatti dal mandatario possono essere rispettati, sebbene per il mandante costituiscano un abuso o un eccesso di potere. Esempi. — 1065. Bisogna però che i terzi siano di buona fede: applicazioni. — 1066. Continuazione. — 1067. Differenza tra questo caso e quello in cui lo stesso mandato abbia,* ab initio *posto alcune restrizioni all' esercizio delle facoltà del mandatario.*

III. *1068. Atti stipulati dal mandatario eccedendo le sue facoltà : essi sono, rispetto al mandante,* res inter alios acta. *Quando può dirsi che un atto del mandatario sia al di là dei limiti del mandato? Rimando. — 1069. Ma in caso di eccesso per parte del mandatario, potranno almeno i terzi rivolgersi contro quest'ultimo? Distinzione. Rimando. — 1070. Gli atti stipulati dal mandatario oltre i limiti delle sue facoltà sono obbligatori per il mandante, quando li abbia ratificato. — 1071. In che consiste la ratifica di cui trattasi, e in che differisce dalla conferma o ratifica regolata dallo articolo 1338 (1292). — 1072. La ratifica può farsi, qualunque sia lo eccesso di potere commesso dal mandatario. — 1073. Può anche applicarsi agli atti fatti da una persona che non avea ricevuto alcun mandato. — 1074. Può essere espressa o tacita : in che consiste la ratifica tacita, e da quali atti o fatti può risultare. — 1075. La ratifica ha un effetto retroattivo : restrizioni e riserve — 1076. Non può essere parziale — 1077. La ratifica rispetto ai terzi non importa necessariamente ratifica rispetto al mandatario. Rimando.*

IV. *1078, 1079. Differenza esistente tra il prestanome e il mandatario. — 1080. Essa è subordinata alla buona fede dei terzi. — 1081. In che differisce la condizione di colui che fa una dichiarazione di comando, da quella del mandatario e del prestanome.*

I. — 1060. Il mandante, come abbiamo detto, può essere obbligato, per effetto del mandato, sia verso i terzi, sia verso lo stesso mandatario. Noi qui dovremo parlare delle sue obbligazioni verso i terzi, alle quali unicamente si riferisce l' articolo 1998 (1870).

Per regola generale, il mandante deve, in tutta la loro estensione, eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario in esecuzione del mandato ; e ciò in conseguenza del principio che il mandante, essendo rappresentato dal suo mandatario, si reputa avere direttamente contratto per mezzo di quest'ultimo (*sopra*, n. 1054). Ma affinchè il mandante sia realmente rappresentato dal mandatario, e in conseguenza tenuto verso i terzi, sono necessarie due condizioni : 1° che la obbligazione sia contratta in nome di lui, cioè che il mandatario abbia agito *procuratorio nomine*; 2° che rientri tra le facoltà conferite colla procura. Se dunque il mandatario abbia agito *proprio nomine*, gli atti stipulati coi terzi saranno estranei al mandante, il quale potrebbe solo, secondo i casi, procedere, giusta lo art. 1166 (1119), esercitando i dritti di un creditore, o essere tenuto verso i terzi creditori. D' altro canto, se il mandatario abbia fatto un negozio diverso da quello di cui era stato incaricato colla procura, o se, facendo l' affare di cui erasi incaricato, ecceda le sue facoltà, il mandante non sarebbe tenuto *a priori*, e le obbligazioni contratte dal mandatario non saranno a suo carico se non in quanto egli le abbia ratificato.

Ecco, in generale, la teoria consacrata dal nostro articolo. Esaminandola nei suoi particolari, dobbiamo ora successivamente

parlare, in prima, degli atti stipulati dal mandatario nei termini ed entro i limiti del mandato, quindi degli atti da lui fatti senza facoltà o eccedendo quelle conferitegli colla procura, e della ratifica che il mandante abbia potuto farne. Dopo di che, tornando sopra un punto che abbiamo sopra riservato (n. 833), diremo in che debbano queste regole modificarsi, quando il mandatario abbia agito coi terzi come semplice *prestanome*.

II. — **1061.** Gli atti eseguiti dal mandatario entro i limiti delle sue facoltà debbono considerarsi come se fossero fatti dal medesimo mandante. I dritti e le obbligazioni che ne derivano sono a favore o a carico del mandante, come se abbia personalmente agito e stipulato. A questo principio ispirasi la prima disposizione del nostro articolo, ai termini del quale il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà che gli ha date; principio che può riepilogarsi in questa formola: *Qui mandat ipse fecisse videtur*; e che è il compimento o il corollario delle regole esposte nel commento dell'articolo precedente (nn. 1054 e seg.).

La medesima forza delle cose ci obbliga qui a fare la importante, essenziale distinzione tra gli atti fatti dal mandatario in nome del mandante e quelli da lui fatti in suo proprio nome. Infatti, l'art. 1998 (1870), del pari che l'art. 1997 (1869), non potrebbe essere applicato se non quando il mandatario abbia agito *procuratorio nomine*, cioè quando le cose siano rimaste nei termini del contratto di mandato propriamente detto, senza prendere il carattere della *commissione*. Con ciò non intendiamo già dire che in quest'ultimo caso il mandante, poichè le relazioni nascenti dalla convenzione si stabiliscono direttamente tra il mandatario e i terzi coi quali ha contratto, non abbia mai azione contro costoro: a buoni conti, sebbene non fatto in suo nome, il negozio è stato conchiuso per conto di lui; egli è dunque creditore del commissionario, e con tal titolo potrà, giusta l'art. 1116 (1119), esercitare contro i terzi i dritti e le azioni del suo debitore; come viceversa, potrà esser costretto dai terzi, esercitando i dritti del committente, allo adempimento delle obbligazioni risultanti dagli atti da quest'ultimo consentiti. Tutto quel che vogliamo dire si è, che la condizione allora differisce essenzialmente da quella preveduta dal nostro articolo, cioè dal caso in cui gli atti consentiti dal mandatario, come rappresentante del mandante, siano stati fatti *procuratorio nomine*. Ed infatti, i beni allora non passano al committente se non gravati dalle ipoteche legali o giudiziali indottevi per parte del commissionario; se questi diventa fallito o decotto, il committente, che agisce contro i terzi come creditore, anzichè ricevere l'intera somma dovuta dai terzi al suo debitore, dovrebbe concorrere cogli altri creditori del commissionario, e contentarsi della parte che gli spetta in proporzione. Ma nulla di tutto questo avviene nel caso del nostro articolo (*sopra*, n. 1024). Le quali pratiche conseguenze, a cui tante altre potrebbero aggiungersene, mostrano chiaramente la profonda differenza che separa le due condizioni: differenza per altro ragionevolissima, se si pon mente che, nel caso del mandato propriamente detto, i terzi hanno contratto in considerazione della persona del mandante, in nome di cui facevasi il negozio, mentre nel caso della commissione, essi non hanno veduto che la persona del committente col quale hanno contratto.

1062. Nondimeno, sebbene essenzialmente diverse, queste due qualità possono concorrere in un medesimo affare, in conseguenza del principio della libertà delle convenzioni. Nulla infatti vieta al mandatario di agire nello stesso tempo in suo proprio nome ed in nome del mandante. In tal caso, il mandante ed il mandatario potranno congiuntamente o solidalmente agire contro i terzi, verso i quali saranno dell'ugual modo obbligati: il mandante e il mandatario sono tra di loro nella condizione di condebitori, di concreditori e di comproprietari. Nè può dirsi contraria a que-

ste proposizioni, per altro incontrastabili, una decisione di rigetto, secondo cui contravviene al mandato e non può trarre profitto dalla contravvenzione la moglie la quale, avendo avuto dal marito facoltà di comprargli un immobile, lo acquisti per conto comune; diguisachè, non ostante la forma dello acquisto, il marito potrà alienare lo intero immobile, come se fosse stato comprato per suo conto esclusivo (1). Certamente, così giudicando, la Corte si è negata a considerare la donna come comproprietaria, sebbene avesse acquistato tanto in suo nome, quanto in quello del marito di cui aveva il mandato; ma la sua decisione si fonda principalmente su ciò che la moglie era autorizzata per obbligarsi, e non per acquistare, e quindi le negò la qualità di comproprietaria per applicazione dei principî che pongono la moglie in uno stato di incapacità, e le vietano di acquistare senza autorizzazione. Ma nella specie poteva dirsi anche più opportunamente, che se il mandato dato alla moglie poteva considerarsi come valido in quanto alla facoltà di obbligare il marito e di acquistare per lui, non lo era però in quanto alla facoltà datale di obbligarsi personalmente, e ciò in forza dei principî sulla specialità necessaria per l'autorizzazione maritale. A tal rispetto possiamo riferircene a quel che dicemmo nel commentario dell'articolo 1988 (1860) (*sopra*, nn. 903 e seg.). Ma checchè ne sia, questa decisione speciale non distrugge per nulla la proposizione di sopra, cioè: che se il mandatario agisca tanto in suo proprio nome, quanto in nome del mandante, saranno l'uno e l'altro obbligati verso i terzi come condebitori, concreditori, comproprietari. Quando però il mandatario abbia agito in nome del mandante, questi sarà solo obbligato e dovrà quindi adempire le obbligazioni, come se le avesse personalmente contratte.

1063. È stato anche giudicato, per applicazione di questa regola, che le *controscritture* fatte tra i mandatari e i terzi fanno piena fede della loro data e del loro contenuto contro il mandante, il quale, rappresentato dal mandatario, deve considerarsi come parte contraente e non come terzo nel senso dell'art. 1321 (1275) (2). E tal decisione nella specie è esattissima; ma non bisogna estenderla generalmente, e darle un significato che non ha, e che la renderebbe censurabile se realmente lo avesse. Quindi non potrebbe dirsi, senza riserva o distinzione, che le controscritture fatte tra il mandatario e i terzi possano opporsi al mandante, sia dal mandatario, sia dai terzi. Ciò non sarebbe vero se non quando la facoltà di fare una controscrittura sia compresa tra quelle conferite al mandatario, come era nella specie di cui parliamo: ed appunto per questo potè dirsi in quella decisione che, stante *la perfetta* assimilazione che eravi tra il *mandatario* e il mandante, questi non *poteva* separare l'atto pubblico dall'atto segreto, prevalersi dell'uno e respingere l'altro, ma doveva tutti e due eseguirli.

1064. Pertanto, onde si reputi che il mandante abbia direttamente agito, e sia quindi obbligato come se abbia personalmente contratto, fa mestieri che il mandatario, rappresentandolo, non abbia ecceduto le sue facoltà: ciò intende dire precisamente la legge quando, nel primo paragrafo del nostro articolo, dichiara il mandante tenuto solamente delle obbligazioni contratte dal mandatario *a norma delle facoltà che gli ha date*. Ma qui importa notare che, rispetto ai terzi, la quistione se il mandatario abbia o no ecceduto i termini della procura devesi risolvere secondo il contenuto apparente della stessa. Basta

(1) Ric., 1° brumaio anno 13 (S. V., 5, 2, 667; *Coll. nov.*, 2, 1. 9; Dalloz, 5, 2, 45; *Racc. alf.*, t. IX, p. 961).—*Vedi* pure Merlin, *Rep.*, alla parola *Mandato*, § 3, ove sono riprodotte le conclusioni dello illustre procuratore generale in questa causa.

(2) Bordeaux, 23 luglio 1826 (S. V., 27, 3, 41; *Coll. nov.*, 8, 2, 268; Dalloz, 27, 2, 43). — *Vedi* pure Bonnier (*Delle Pruove*, num. 399); Plasman (*Delle Controscritture*, p. 38).

dunque, come dice Pothier, affinchè il mandatario obblighi il mandante verso colui col quale ha contratto, che il contratto *sembri* contenersi nella procura (1). Infatti i terzi, quando si hanno fatto esibire la procura, — e questa precauzione dovrebbero averla in generale, —, hanno fatto tutto ciò che la prudenza poteva loro comandare; nè questa confidenza da loro posta, sulla fede della procura, nella persona del mandante, dev' essere in alcun modo delusa. Sicchè potrà avvenire che, nel mentre tra mandante e mandatario l'atto ecceda realmente le facoltà consentite, avuto riguardo a ciò che tra di loro era inteso, debba nondimeno mantenersi rispetto ai terzi come fatto in esecuzione del mandato.

Per modo d'esempio,—prendiamo noi pure da Pothier questa ipotesi che è stata generalmente ripetuta dai moderni scrittori,—se il mio mandatario, a cui ho dato incarico di prendere in prestito 300 lire, dopo aver fatto in forza della procura un primo imprestito, ne faccia un secondo, anche in mio nome, esibendo la mia procura, io sarò certamente obbligato verso questo secondo mutuante, il quale ignorava che il mandatario avea già preso in prestito la somma, ed eccedeva le sue facoltà facendo con lui un altro prestito (2).

Così pure, suppongasi che, modificato il primo mandato con novelle istruzioni, il mandatario agisca in conformità delle istruzioni del mandato primitivo che esibisce, senza tener conto di quelle modificative: in tal caso egli certamente avrà ecceduto le sue facoltà; ma nompertanto il mandante sarà obbligato verso i terzi che avessero contratto sulla fede del primitivo mandato.

Parimente, il mandante sarà responsabile delle colpe commesse e della frode adoperata dal mandatario verso i terzi, sebbene ciò facendo quegli abbia ecceduto le sue facoltà (3). E ciò per applicazione dell'art. 1384 (1338).

1065. Invero, questa regola può nella applicazione esser causa di gravissimo danno pel mandante, se avvenga che per la insolventezza del mandatario divenga inefficace il suo regresso contro di lui; nondimeno in sostanza essa torna in suo vantaggio, poichè altrimenti egli sarebbe costretto ad agir sempre da sè stesso, se le colpe del suo mandatario verso di lui bastassero a disobbligarlo verso i terzi i quali, sulla fede della procura, avessero con quello contratto. Per altro,—ciò importa notare,—la regola, è vero, protegge i terzi, ma ad una condizione che, sebbene non formulata nel nostro articolo, è stabilita però negli articoli 2005 e 2009 (1877 e 1881) che spiegheremo nel capitolo seguente. I quali articoli, disponendo parimenti che le obbligazioni contratte dal mandatario, nei casi ivi specialmente preveduti, debbono essere eseguite rispetto ai terzi, vi aggiungono per condizione *purchè i terzi siano stati in buona fede*. Or la medesima condizione, deve, senza esitazione, sottintendersi nel caso del nostro articolo; per cui bisogna dire che gli atti fatti dal mandatario in nome del mandante obbligano quest'ultimo, quando *siano o sembrino* fatti a norma della procura, purchè i terzi che abbiano contratto col mandatario siano stati di buona fede.

Con ciò si spiega e giustifica pienamente una decisione, dalla quale risulta che quando un mandatario, abbandonando gli interessi del suo mandante, abbia stipulato un atto di vendita dannoso per quest' ultimo, se siavi stata a tal fine combinazione tra l'acquirente e il mandatario, i giudici possano in tal caso dichiarar nulla la vendita (4). La decisione forse non è stata molto ben motivata, perciocchè i giudici, mettendo in iscena il mandante come se

(1) *Vedi* Pothier (n. 89 e *Trattato delle Obbligazioni*, n. 79).

(2) Pothier (*Mandato, loc. cit.*).

(3) Ric., 8 nov. 1843 e 14 giugno 1847 (S. V., 43, 1, 852; 48, 1, 37; Dalloz, 44, 1, 7; 47, 1, 332; J. P., 1848, t. I. p. 44).

(4) Ric., 8 marzo 1825 (S. V., 26, 1, 20; *Coll. nov.*, 8, 1, 69; Dalloz, 25, 1, 193).

avesse personalmente conchiuso la vendita, fecero risultare la nullità del contratto, in quantochè il consenso del venditore era stato inviziato per dolo e frode. A rigor di principî, la vendita consentita dal mandatario era nulla nè poteva opporsi al mandante, poichè l'acquirente, trattando col mandatario, aveva avuto parte nelle macchinazioni di quest'ultimo e non era stato di buona fede: sicchè in sostanza la decisione non poteva esser meglio giustificata.

Non così possiam dire di un'altra decisione di rigetto, ai termini della quale non compete al mandante azione di rivendica per un immobile in suo nome e per suo conto acquistato dal mandatario, il quale quindi, anzichè consegnare la cosa all'acquirente, ne abbia fatto donazione ad un terzo (1). Certamente, se il terzo fosse stato di buona fede, contro di lui non avrebbe potuto dirigersi alcuna azione, come fu giustamente osservato dalla Corte di Rennes, la cui decisione fu denunziata alla Corte di cassazione. Ma nella specie allegavasi che il terzo avesse avuto piena conoscenza della vera condizione del mandatario; e la Corte di Rennes giudicò che, ciò non ostante, l'azione contro il terzo non è ammessibile, e che tutto al più il mandante, cui deve imputarsi di aver riposto fede nel suo mandatario, potrebbe, secondo i casi, avere un'azione di indennità contro quest'ultimo. In ciò la Corte disconobbe i veri principî, e la sua decisione, secondo noi, avrebbe dovuto essere annullata.

1066. Nè ciò solo: l'errore *imputabile ai terzi* dovrebbe anche, sotto l'aspetto di cui parliamo, assimilarsi alla mala fede. Se il mandante può essere obbligato dagli atti del mandatario, anche quando in realtà eccedano i limiti del mandato, bisogna però che i terzi che contrassero col mandatario abbiano avuto giusta ragione di credere gli atti fatti con lui rientrassero nelle sue facoltà, e che, ciò credendo, non siano caduti in un errore ad essi imputabile, che avrebbero potuto e dovuto facilmente evitare. In questo senso è stato giustamente deciso che una compagnia di assicurazione non sia responsabile degli abusi di confidenza commessi dal suo agente, anche in occasione di fatti che si riannodino all'esercizio delle sue funzioni, se dalla semplice lettura degli atti di consenso o delle polizze che ha firmate, la persona che è stata vittima dello abuso di confidenza abbia potuto conoscere il limite delle facoltà dello agente (2).

La Corte di Amiens si è spinta anche più oltre, giudicando che l'atto fatto da un mandatario, in forza di una copia erronea del mandato, debba, per applicazione degli art. 1109 e 1110 (1063 e 1064) *del Codice Napoleone*, considerarsi come non avvenuto se ecceda le facoltà contenute nell'originale mandato; e ciò non solo tra mandatario e mandante, ma *anche rispetto* ai terzi verso i quali il mandante, *estraneo* all'errore commesso, non *può essere* obbligato al di là dei termini del mandato realmente conferito (3). E di fatti, trattavasi nella specie di un mandato trasmesso telegraficamente, e di un negozio che, a causa di un errore commesso dagli impiegati del telegrafo nella redazione del dispaccio, era stato conchiuso per un prezzo inferiore a quello indicato dal mandante. In tale condizione i terzi, non solo non avevano alcun dritto contro il mandante ma non potevano nemmeno rivolgersi nè direttamente nè indirettamente contro il mandatario. Non gli potevano chiedere direttamente una indennità, come sorge ad evidenza dai principî sopra esposti in occasione dell'art. 1997 (1869) (*sopra*, num. 1054 e seg.). Non potevano nemmeno perseguirlo indirettamente, in forza dell'articolo 1166 (1119), poichè il mandatario non doveva nulla al mandante, non avendo

(1) Ric., 20 nov. 1839 (S.V., 40, 1, 249; Dalloz, 40, 1, 38).
(2) Orléans, 12 nov. 1860 (Dalloz, 61, 2, 21).
(3) Amiens, 11 maggio 1834 (S. V., 35, 2, 186; J. P., 1835, t. 1, p. 58; Dalloz, 59, 2, 147).

alcuna colpa a rimproverarsi. E poichè non potevano nemmeno rivolgersi contro gli impiegati del telegrafo, irresponsabili per legge, tranne che violino i regolamenti che determinano le loro relazioni col pubblico (1), ne avveniva nella specie che essi, cui neanco poteva imputarsi alcuna colpa, dovessero soffrire le conseguenze dello errore per effetto del quale annullavasi il loro contratto.

Però la soluzione di questo caso speciale va accettata con alcune riserve; avvegnachè, a volerla rendere generale, si contravverrebbe allo spirito da cui fu ispirata la disposizione degli art. 2005 e 2009 (1875 e 1881), si toglierebbe qualunque guarentigia ai terzi che tratterebbero con mandatari incaricati con procure trasmesse per telegrafo. E per questo dovrà, secondo noi, escludersi dalla causa un argomento che la Corte di Amiens credette poter cavare, ma non bene a proposito, dagli articoli 1109 e 1110 (1063 e 1064), argomento che prova troppo se si volesse prenderlo come regola della decisione; e, tenendoci unicamente alla circostanza determinante, diciamo che la decisione può giustificarsi con questa idea, formulata dalla medesima Corte, che il terzo compratore era stato a tempo avvertito dello errore, sicchè non avea potuto risentirne alcun altro danno, meno la non effettuazione del contratto *.

1067. Pria di compiere le nostre osser-

(1) Decisione del Consiglio di Stato dei 10 settembre 1855 (Dalloz, 56. 3, 34).

* Ci piace a questo proposito riportare un caso giudicato dal tribunale di Colonia, riferito dall'insigne prof. Serafini, nel suo prezioso lavoro *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza* (capitolo VIII).—Giovi però avvertire che nella specie il mandatario non agiva *procuratorio nomine*, sicchè non trattavasi di vedere se i terzi avessero o no avuta conoscenza delle facoltà del mandatario, ma tutta la quistione agitavasi tra committente e commissionario. Ecco la specie giudicata.

La mattina del 19 gennaio 1856 la ditta commerciale *Oppenheim* presentava all'ufficio telegrafico di Colonia un dispaccio da trasmettere al negoziante *Weiller* di Francoforte sul Meno. La minuta del dispaccio era del seguente tenore: « Comperate cento azioni del credito austriaco sino a fiorini 110,000, ed azioni della strada ferrata *Ludwigshafen-Bexbach* sino al corso di 152 per fiorini 100,000 valor nominale. La risposta per telegrafo ».

Il telegramma, quale venne consegnato al negoziante *Weiller* di Francoforte, invece della parola « *comperate* », per isvista dello impiegato dell'ufficio di arrivo, aveva « *vendete* », svista facile a spiegarsi per chi conosca il tedesco, dappoichè tra *erkaufen* (comperare) e *verkaufen* (vendere) il divario quanto a suono e scrittura è assai lieve.

Appena ricevuto il telegramma, il negoziante *Weiller* eseguì la commissione, quale aveva rilevata dal telegramma così alterato, e conforme l'ordine ricevuto notificò al committente che aveva vendute le azioni indicate pel valore complessivo di circa 430,000 franchi; ma la ditta *Oppenheim* rispose subito per telegrafo che non prendeva nota della vendita, mentre l'ordine ch'essa aveva dato portava *compera*, non *vendita*.

E veramente fu tosto chiarito dall'ispezione della minuta consegnata all'ufficio telegrafico di Colonia che la cosa era nè più nè meno nei termini in che protestava il mittente essersi espresso.

Dopo un vivo carteggio di più giorni tra le due ditte commercianti, rifiutandosi pur sempre l'*Oppenheim* di riconoscere come fatta a proprio conto la vendita, e di inviare le relative azioni di credito al commissionario, questi fece intendere al medesimo, per lettera assicurata, che qualora non gli venissero inviate le azioni prima della fine di gennajo, le avrebbe egli comprate il dì 31 per conto di lui e liquidata la differenza. Persistendo l'*Oppenheim* nel rifiuto, l'altro procedette senza più alla compera delle azioni con iscapito di 150,000 franchi circa.

Andato a vuoto ogni tentativo di componimento amichevole, *Weiller* ai 4 di aprile 1856 citò dinanzi al tribunale di Colonia la ditta *Oppenheim*, domandando il rimborso della somma accennata coi rispettivi interessi. In via sussidiaria fece domanda che la ditta *Oppenheim* venisse condannata a far tenere all'attore le accennate azioni di credito, e pel caso che essa mancasse a questo suo obbligo fosse data facoltà all'attore di comperare egli le azioni, e di liquidare spese e danni.

I fondamenti dell'azione erano questi due: 1° che si doveva considerare come dato dall'*Oppenheim* l'incarico contenuto nel telegramma consegnato all'attore dall'ufficio di Francoforte, e che quindi il convenuto doveva compensare l'attore dei danni a lui derivati dall'esecuzione di quell'incarico; 2° che il convenuto era ad ogni evento responsabile, in quanto che avendo egli voluto servirsi del telegrafo, onde fu causa che l'attore intraprendesse la vendita delle azioni, giusto era che avesse a sottostare alle prevedibili conseguenze della negligenza delle persone da lui adoperate per la trasmissione del mandato.

Il tribunale di Colonia decise, in quanto alla prima parte della domanda, che nella specie non v'era bisogno di domandare la rescissione del

vazioni sul primo paragrafo del nostro articolo, notiamo un caso che si distingue da quello in cui i terzi contrattino sulla fede di un mandato che in apparenza contenga la facoltà di fare l'atto da essi conchiuso col mandatario, mentre in realtà non vi si comprende, o perchè già cessato l'oggetto della procura, o perchè modificato o consumato per avvenimenti ulteriori : gli è questo il caso in cui lo stesso mandato abbia, *ab initio*, posto alcune restrizioni o modificazioni allo esercizio delle facoltà del mandatario. Se, in quest'ultimo caso, i terzi facciano con costui operazioni eccedenti le facoltà contenute nella procura, non avranno azione contro il mandante ; perciocchè, essendo in colpa per non aversi fatto esibire l'atto di mandato, non avrebbero altro dritto che quello di cui parla l'art. 1997 (1869), cioè il regresso contro il mandatario che non abbia dato alla parte con cui contratta una bastante notizia delle facoltà ricevute. Così dovrebbe decidersi, almeno in tesi generale.

Nondimeno, e solo per eccezione, potrebbe anche in tal caso ammettersi l'azione dei terzi contro il mandante : il che specialmente avviene quando, avuto riguardo alle circostanze, possa ritenersi che i terzi non aveano di bisogno della esibizione della procura. Questo caso presentavasi precisamente nella ipotesi da noi sopra esaminata (n. 981, § 3), alla quale rimandiamo il lettore. Parimente è stato deciso nello stesso modo, che in materia commerciale, il mandante che abbia dato facoltà a più mandatari di obbligarsi in suo nome, ma *congiuntamente*, possa nondimeno essere condannato a pagare gli effetti soscritti da un solo, se questi era notoriamente riconosciuto come suo mandatario, e se il mandante, conosciuta la sottoscrizione, non abbia reclamato (1). Giudicando che in tal caso non possa rimproverarsi ai terzi di buona fede di non essersi informati delle restrizioni o modificazioni della procura, i magistrati si sono giustamente ispirati alle circostanze speciali della causa. Per altro, nella specie, poteasi forse dire che il mandante avea tacitamente ratificato il fatto del mandatario.

Ciò portaci naturalmente ad esaminare il secondo paragrafo del nostro articolo.

II.— **1068.** Per regola generale, il mandante non è tenuto per ciò che il mandatario abbia fatto al di là delle *facoltà conferitegli*. Qualunque atto fatto dal mandatario eccedendo le sue facoltà sarà come non avvenuto rispetto al mandante, *il quale non deve nemmeno impugnarlo coll'azione di nullità o in altro qualsiasi modo*, ma può semplicemente disconoscerlo come *res inter alios acta* : infatti, come più volte abbiamo detto, per regola fondamentale della nostra materia, il mandatario non rappresenta il mandante se non per gli atti e per le azioni che siano prevedute e comprese nel mandato. Non occorre qui ripetere quali atti debbano considerarsi come consentiti dal mandatario oltre le sue facoltà, avendo di ciò parlato nel nostro commentario degli art. 1988 e 1989 (1870 e 1871), tanto relativamente al mandato concepito in termini generali (*sopra*, nu-

contratto in causa di errore, dappoichè, non essendosi costituito alcun contratto per difetto dell'unione delle volontà, nulla si aveva da rescindere.

In quanto alla seconda parte, ritenne responsabile la ditta *Oppenheim*, e quindi la condannò al rifacimento del danno causato. « Considerando, dice la sentenza, che la telegrafia elettro-magnetica è oggidì ancora un mezzo di comunicazione più o meno imperfetto e malcerto, perchè la forza motrice e le resistenze che possono impedir questa o ritardarla, non sono abbastanza conosciute, e che, per tacere delle operazioni puramente meccaniche, l'opera del personale di servizio, attesa la straordinaria fretta e celerità che accompagnano tali operazioni, può facilmente produrre errori ed equivoci, dimodochè tutti gli stati che si tennero l'esercizio dei telegrafi hanno esclusa qualunque garanzia, riteniamo che colui il quale si serve per le corrispondenze di questo mezzo malsicuro e trascura quelle precauzioni che lo potrebbero accertare dell'esattezza della trasmissione, debba sopportare egli stesso le conseguenze degli errori e dei danni incorsi, e perciò risarcirne la parte pregiudicata. »

(1) Ric., 24 febb. 1829 (S. V., 30, 1, 234; *Coll. nov.*, 9, 1, 239; Dalloz, 29, 1, 159).

meri 909 e seg.), quanto relativamente al mandato espresso (*sopra*, nn. 937 e seg.). Basti dunque riferircene alle osservazioni già esposte.

1069. Non occorre nemmeno discorrere della condizione in cui trovinsi i terzi coi quali il mandatario abbia contratto; imperciocchè, come sopra dicemmo a proposito dell'art. 1997 (1869), privi di azione contro il mandante per avere stipulato col mandatario un atto che eccede le facoltà contenute nella procura, possono non avere nemmeno alcun dritto contro quest'ultimo, massime quando abbiano avuto una notizia bastante delle sue facoltà (*sopra*, nn. 1056 e seg.). Ci basti dunque, riepilogando quel che dicemmo, indicare che essi hanno la scelta tra il mandante e il mandatario, e, secondo che abbiano o pur no avuta conoscenza della procura, possono rivolgersi contro l'uno o l'altro: per cui, senza insistervi più oltre, veniamo alla eccezione dalla stessa legge stabilita.

1070. Gli atti stipulati dal mandatario oltre i limiti delle sue facoltà, sebbene per principio estranei al mandante, possono divenire per lui obbligatori se li approvi e ratifichi. Infatti, come è detto nella seconda disposizione del nostro articolo, il mandante non è tenuto per ciò che il mandatario avesse fatto oltre le sue facoltà, *se non in quanto egli l' abbia espressamente o tacitamente ratificato*. Dobbiamo dunque parlare del carattere di questa ratifica, degli eccessi di facoltà a cui può applicarsi; della sua forma e dei suoi effetti.

1071. Il mandante che consente di approvare un atto stipulato dal mandatario oltre le facoltà ricevute, fa ciò che dicesi propriamente una ratifica: *ratihabitio mandato aequiparatur*. Nondimeno bisogna star cauti a non confondere la ratifica di cui parla il nostro articolo con quella regolata dal legislatore nell' art. 1338 (1292), allorchè tratta degli atti di ricognizione e di conferma, nel titolo *Dei Contratti o delle Obbligazioni convenzionali in generale*. Nella specie di quest'ultimo articolo, il legislatore, supponendo una obbligazione nulla o rescindibile, una obbligazione contro cui è ammessa l'azione di nullità o di rescissione, dispone che l'atto di conferma o ratifica non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. Senza le quali indicazioni non può dirsi che la ratifica sia specialmente fatta per dare all' obbligazione la forza ed il valore che non ha, e per correggere i vizî che contiene. Al contrario, nella specie del nostro articolo, trattasi di atti che non sono per sè stessi soggetti a nullità o a rescissione, ma che solo sono inviziati di eccesso in quanto che colui che li ha fatto non aveva facoltà sufficienti per consentirli. Laonde, per correggere il vizio, basta che colui la cui volontà è stata trasgredita, avuta conoscenza dell' atto, lo renda proprio come se fatto da lui medesimo; e tale ratifica produrrà il suo effetto senza bisogno di contenere tutte le menzioni ed indicazioni volute dall' art. 1338 (1292) per la ratifica delle obbligazioni.

Siffatta distinzione, ammessa costantemente dagli scrittori (1), era stata sconosciuta dalla Corte di Nîmes a proposito di una ratifica data da un mandante alla transazione di una lite fatta dal suo mandatario. « Attesochè, avea detto la Corte, la ratifica da cui vorrebbe farsi risultare la approvazione, *non contiene la indicazione del motivo dell'azione di rescissione e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata*; che, secondo l'art. 1338 (1292) del Codice civile, una tale ratifica non potrebbe esser valida, e non ha quindi potuto aver per effetto di estinguere l'azione

(1) *Vedi* Delvincourt (t. III, p. 248, nota 5); Favard (alla parola *Mandato*, § 2, art. 2, n. 2); Toullier (t. VIII, nn. 491 e 502); Duranton (t. XIII, n. 263, e t. XVIII, n. 258); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t.V, p. 52, nota 4); Boileux (t.VI, p. 600); Aubry e Rau (t. III, p. 471, nota 2); Troplong (nn. 609 e seg.).

di nullità fondata sulle disposizioni dello art. 1998 (1870). » Ma eravi in ciò una strana confusione, che non potea sfuggire alla Corte suprema. Infatti, annullando la decisione per falsa applicazione dell'articolo 1338 (1292), la Corte di cassazione ha chiaramente stabilito che la ratifica degli atti stipulati da un mandatario oltre le sue facoltà, li rende validi e toglie il dritto al mandante di poterne ulteriormente chiedere la rescissione, sebbene quella non contenga la sostanza delle convenzioni ratificate e la indicazione dei motivi dell'azione di rescissione; e che a tal rispetto l'art. 1338 (1292), applicabile alla ratifica delle obbligazioni direttamente sottoscritte, non può applicarsi alle convenzioni fatte da un mandatario. la ratifica delle quali è unicamente regolata dall'art. 1998 (1870) del Codice Napoleone (1). Qualche altra decisione è caduta pure in una certa confusione (2). Ma, checchè ne sia, la differenza tra i due articoli è indubitabile; e, nello stato presente della dottrina e della giurisprudenza, possiamo sicuramente dire che, in qualunque caso in cui presenterebbesi esplicitamente la quistione, questa differenza sarà inevitabilmente dichiarata.

Ma qui potrebbe affacciarsi un'altra difficoltà. Sebbene non soggetta alla regola dell'art. 1338 (1292), nondimeno è sempre necessario, affinchè sia valida la ratifica di cui parlasi nel nostro articolo, che il mandante, ratificando gli atti eccessivi del suo mandatario, lo faccia con conoscenza di causa. Spesso potrebbe esser dubbio se il mandante, ratificando, abbia effettivamente agito con conoscenza di causa, tanto da non potere essere più ammesso a ritornare sulla fatta ratifica. Però, come ben si comprende, non sarebbe possibile formulare a tal rispetto una regola assoluta. In generale, non può altro dirsi se non che la ratifica dovrà considerarsi come utile ed efficace quando il mandante, facendola, abbia avuto piena conoscenza, se non di tutte le circostanze, massime di quelle secondarie e accidentali, almeno di quelle essenziali e sostanziali dell' affare: *clara et specifica scientia excessus* (3). Così, per dare un esempio, suppongasi che Paolo, mio mandatario, sia stato da me incaricato di vendere taluni quadri, a condizione di non cederli per un prezzo minore di 10,000 fr.: però, non avendo trovato compratore a tal prezzo, Paolo li ha venduto per 9,000 fr., che mi ha rimesso, e che io ho accettato. In tal caso, il fatto dell'accettazione implica una ratifica efficace, in quanto che deve supporsi la piena conoscenza della circostanza essenziale, cioè del negozio conchiuso dal mio mandatario con condizioni diverse da quelle della procura; nè potrei io più ritornare sulla ratifica fatta, sotto pretesto che, facendola, non abbia avuto conoscenza della data del negozio, o del *nome* dei compratori a cui i quadri *furono consegnati*.

1072. La ratifica può farsi, qualunque sia lo eccesso di potere commesso dal mandatario nella esecuzione del mandato. Se non ostante che il mandatario abbia assolutamente trasgredito gli ordini del mandante, torni però conto a quest' ultimo di ratificare. la ratifica potrà esser fatta, senza che alcuno abbia dritto ad opporvisi. Che anzi potrebbero anche ratificarsi gli atti di un mandatario apparente (4), o quelli di un mandatario costituito in forza di una procura nulla. Così, sebbene il mandato dato dalla moglie al marito di vendere o ipotecare i suoi immobili, o di obbligarsi in solido con lui consentendo surrogazione nella sua ipoteca legale, sia nullo in quanto che dato in forza di una autorizzazione maritale che manca della specialità richiesta

(1) Cass., 26 dic. 1815 (S. V., 16, 1, 213; *Coll. nov.*, 5, 1, 128; 16, 1, 91; *Racc. alf.*, 9, p. 971).
(2) *Vedi* specialmente Parigi, 14 maggio 1853, e Riom, 31 luglio 1851 (S. V., 53, 2, 507; 51, 2, 698; Dalloz, 54, 2, 256; 52, 2, 222; J. P., 1851, t. I, p. 434; 1853, t. II, p. 54).
(3) *Vedi* Troplong (nn. 613, 614 e 616).
(4) *Vedi* Ric., 14 marzo 1860 (Dalloz, 60, 1, 258; S. V., 60, 1, 863; J. P. 1861, p. 162).

dall'art. 223 (212) del Codice Napoleone (*sopra*, n. 906), pure gli atti di surrogazione o altri, consentiti dal marito in virtù di tal mandato, possono essere dichiarati validi e produrre il loro effetto, se la moglie ulteriormente li ratifichi (1).

1073. Infine, possono anche ratificarsi gli atti fatti da una persona a cui non si sia dato alcun mandato. La ratifica allora sarebbe utile, massime se gli atti consentiti non potessero sostenersi a titolo di gestione di affare. Ma, anche quando gli atti potessero sussistere per quest'ultimo titolo, la ratifica non sarebbe assolutamente inutile, ma sarebbe efficace avuto riguardo alle differenze esistenti tra il quasi contratto di gestione di affari e il contratto di mandato (*sopra*, nn. 846 e 874).

1074. La ratifica, come è detto formalmente nel nostro articolo, può essere espressa o tacita, e, nell'una o nell'altra forma, ha il medesimo valore.

Essa è espressa, se fatta con dichiarazione puramente verbale del mandante; però la pruova di tale dichiarazione deve essere ammessa in conformità dei principî generali consacrati negli art. 1341 (1295) e seguenti del Codice Napoleone sulla pruova testimoniele. — È parimente espressa se contenuta in un atto scritto dal mandante; e a tal fine basta una scrittura qualunque, lettera, fattura, nota, ecc., purchè sia fatta specialmente con intenzione di ratificare.

La ratifica è tacita, quando risulti da un fatto che implichi necessariamente l'idea, per parte del mandante, di approvare l'operato del suo mandatario. Gli scrittori citano moltissimi esempî di ratifica tacita: come, il fatto del mandante il quale, conoscendo pienamente l'operato del mandatario, profitti degli atti da quest'ultimo consentiti al di là dei limiti della procura; il silenzio tenuto dal mandante, dopo avere avuto notizia dello inadempimento o dello abusivo adempimento del mandato, massime quando abbia taciuto in presenza di fatti che l'obbligavano a spiegarsi; ecc. La giurisprudenza ce ne porge altri, tra i quali possiamo citare il fatto di avere il mandante ricevuto le somme tolte in prestito dal mandatario; l'essersi astenuto da qualunque reclamo relativamente ad un pagamento anticipato fatto al mandatario che avea soltanto facoltà di riscuotere i crediti scaduti (2). Però, come ben si comprende, le circostanze da cui può indursi la tacita ratifica possono variare all'infinito; e spetta quindi ai tribunali valutarle onde decidere se siavi o pur no la ratifica: il loro giudizio al proposito sfugge necessariamente alla censura della Corte di cassazione (3).

1075. La ratifica ha per effetto di far equiparare gli atti abusivi o eccessivi del mandatario a quelli fatti in esecuzione della procura. Essa quindi retroagisce; dal qual principio scaturiscono varie conseguenze. Così, per esempio, gli interessi dovuti al mandatario, in forza dell'art. 2001 (1873), per le somme da lui anticipate (*infra*, numeri 1090 e seg.), dovranno calcolarsi a contare dal giorno in cui le anticipazioni siano state fatte, e non da quello della ratifica. La perdita avvenuta prima della ratifica sarà a carico del mandante, sebbene non l'abbia conosciuta quando consentiva ad approvare l'operazione o l'atto consumato dal mandatario al di là delle sue facoltà. Però, quanto a quest'ultimo punto, convien fare una riserva; che può per altro presentirsi secondo le nostre precedenti osservazioni: se la perdita sia tale che, conoscendone l'importanza, il mandante avrebbe potuto non fare la ratifica, questa potrà essere ritrattata perchè non fatta con cognizione di causa (*sopra*, n. 1071).

Si noti però, che l'effetto retroattivo della

(1) Angers, 26 genn. 1849 (S.V., 50, 2, 29; Dalloz, 49, 2, 53; J.P., 1849, t. I, p. 630).

(2) Bruxelles, 22 genn. 1809; Rig., 3 giugno 1845 (S. V., *Coll. nov.*, 2, 2, 208; 45, 1, 830; Dalloz, 45, 1, 324; J. P., 1845, t. II, p. 743).

(3) Ric., 18 nov., 1824; Cass., 9 maggio 1853 (S. V., *Coll nov*, 7, 1, 566; 54, 1, 30; Dalloz, *Racc. alf.*, 9, 752; 53, 1, 293; J.P., 1854, t. I, p. 441).

ratifica non potrebbe nuocere ai dritti acquistati dai terzi. In questo senso è stato dalla Corte di Riom giudicato, che la ratifica fatta dal mandante di una ipoteca costituita in virtù di un mandato non autentico, e perciò nullo (1), non potrebbe avere effetto retroattivo rispetto ai terzi (2). Certamente, se si trattasse di atti semplicemente annullabili, come sarebbe per esempio la costituzione di ipoteca fatta da un minore, noi diremmo che la ratifica di un tale atto fatta ulteriormente dal minore divenuto maggiore potrà anche opporsi al creditore che abbia acquistato un dritto reale sull'immobile nel periodo corso tra la cessazione dello stato di incapacità ed il giorno della ratifica. Questa opinione fu già da noi annunziata nel nostro *Trattato-Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche*; ed ora non facciamo che riferircene alle osservazioni ivi fatte (3). Ma qui trattasi di atti fatti *a non domino*, poichè consentiti da un mandatario che non ne aveva facoltà. Or in tal caso non può esser lecito al mandante, ratificando ciò che fino a quel punto era *res inter alios acta*, compromettere o anche annullare i dritti che egli stesso avrebbe potuto prima conferire ai terzi.

1076. Nondimeno, è sempre certo che la ratifica è un atto puramente volontario per parte del mandante, e che quindi dipende da costui volersi o pur no rendere obbligato verso i terzi che contrassero col suo mandatario, mentre i terzi non avranno questa medesima libertà. Essi non saranno obbligati se non quando il mandante lo voglia; ma, se questi lo vuole, lo saranno necessariamente. Questa ineguaglianza è il risultato o la pena della loro imprudenza, poichè essi sono in colpa di aver contratto con un mandatario oltre i limiti della sua procura, o senza averne preso conoscenza.

Ma ad ogni modo, sebbene arbitro della situazione, il mandante dovrà però usare di questa libertà con una certa riserva. Così per esempio, egli non potrebbe, dividendo l'operazione eseguita dal mandatario, accettare quelle condizioni che gli siano vantaggiose e respingere le altre. I fatti del mandatario deve prenderli nella loro interezza; e, secondo che gli torni più conto accettarli o rinunziarli, dovrà accettarli o rinunziarli per intero. Qualunque pretensione contraria dovrebbe respingersi come ripugnante alla buona fede (4): il che però non toglie il dritto alle parti di modificare più o meno, per convenzione, gli effetti della ratifica. Se il mandante non può, con una ratifica parziale, imporre ai terzi la divisione dell'affare conchiuso col mandatario, potrà benissimo proporre loro di abbandonare alcuni dei vantaggi in loro favore *stipulati*, come condizione della sua ratifica. *Ciò facendo*, egli userebbe di un dritto *pienamente* legittimo; e, accettata dai terzi la proposta, si formerebbe tra loro una convenzione inoppugnabile: il mandante poteva non ratificare affatto l'operato del mandatario; ben dunque potè ratificarlo sotto condizione: il che a dir vero non importa fare una ratifica parziale.

1077. Da ultimo ricorderemo: da una parte, che la ratifica rispetto ai terzi non importa necessariamente ratifica rispetto al mandatario, e che, anche dopo la ratifica, il mandante ha sempre il dritto di rivolgersi contro quest'ultimo per gli abusi commessi nella esecuzione del mandato (*sopra*, n. 987); d'altra parte, che il mandante può essere direttamente obbligato verso i terzi, anche per gli atti fatti dal mandatario

(1) *Vedi* il nostro *Trattato-Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche* (nn. 470 e 657).

(2) Riom, 31 luglio 1851 (S.V., 51, 2, 698; Dalloz, 52, 2, 222; J.P., 1853, t. II, p. 54). — *Vedi* pure Troplong (n. 620); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 52, nota 4, *in fine*); Boileux (t. VI, p. 601).

(3) *Vedi* il nostro *Trattato-Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche* (n. 616). — *Vedi* intanto Ric., 2 agosto 1859 (S. V., 59, 1, 801; Dalloz, 59, 1, 419; J.P., 1860, p. 418).

(4) *Vedi* Troplong (n. 615); Massè e Vergè, sopra Zachariae (*loc. cit.*).

al' di là del mandato, se possano sostenersi a titolo di gestione di affari (*sopra*, n. 910).

IV. — 1078. E qui han termine le nostre osservazioni relative alle obbligazioni che derivano dal contratto di mandato ed incombono al mandante rispetto ai terzi. Sarebbe ora il caso di venire al commento degli articoli seguenti (1999-2002 (1871-1874)), in cui parlasi delle obbligazioni del mandante rispetto al mandatario. Ma pria di tutto giova alquanto immorare sopra un punto lasciato in sospeso (*sopra*, n. 833), e che ci parrà più chiaro ora che abbiamo determinato i vincoli creati dal contratto, non solo tra le diverse parti cui interessa, ma anche tra esse e i terzi: intendiamo dire della differenza esistente tra il mandatario e il prestanome.

1079. Questa differenza esiste unicamente nelle relazioni tra il mandante e i terzi, non tra mandante e mandatario. Non avendo la legge stabilito alcuna forma sacramentale per la costituzione del mandato, gli è naturale che tra mandante e mandatario gli effetti sono assolutamente indipendenti dalla forma o dal modo con cui sia stato dato l'incarico o la facoltà di agire. Così, una vendita, una cessione, una donazione, o qualunque altro atto che faccia un prestanome, potrà in apparenza investire lo acquirente, il cessionario, il donatario, di tutti i dritti del proprietario; nondimeno sarà sempre un mandato, il quale produrrà tra le parti gli effetti proprî di tal contratto, se sia tra di loro inteso di fare realmente un mandato. Non così pei terzi, rispetto ai quali saranno tutt' altre le relazioni sia del mandatario, sia del mandante. Il mandatario, che viene allora indicato colla qualificazione tecnica di *prestanome*, agisce in suo nome, senza far conoscere la persona del mandante. Egli solo sarà dunque personalmente obbligato, come più volte si è da noi avvertito; diguisachè tutti gli atti da lui stipulati coi terzi, contrarî quanto si voglia agli ordini del mandante, dovranno essere rispettati e resteranno obbligatorî. Nè il mandante potrebbe sotto alcun pretesto impugnarli, quand'anche eccedano assolutamente il mandato, o siano fatti dopo che questo ebbe termine.

1080. A ciò deve farsi una importante restrizione, inquantochè è necessario che i terzi coi quali il *prestanome* abbia trattato siano stati di buona fede, cioè abbiano ignorato la qualità del prestanome, ritenendolo come padrone del negozio. Codesta restrizione, fondata sui più evidenti principî di equità e sullo spirito medesimo a cui si informa la disposizione degli articoli 2005 e 2009 (1877 e 1881) (*sopra*, n. 1064), è consacrata in una notevole decisione, dalla quale risulta che il prestanome, *rispetto ai terzi che conoscono* la sua qualità, non ha altre facoltà che quelle di un mandatario, diguisachè gli atti con essi stipulati non saranno validi se fatti quando le sue facoltà di mandatario erano cessate per la morte del mandante; e che a tal riguardo poco importa se la qualità di prestanome risulti da una controscrittura che abbia acquistato data certa solo dopo la morte del mandante, se per altro, prima della morte, la qualità di prestanome era conosciuta dal terzo con cui questi abbia contratto (1). Nella specie, producevasi una consultazione contraria di Piet e Valimesnil, la cui argomentazione fondavasi principalmente sull'art. 1321 (1275), ai termini del quale le controscritture non possono avere effetto se non fra le parti contraenti. Ma la quistione non stava già nel vedere se le stipulazioni della controscrittura potessero o no opporsi ai terzi; bensì se, avendo costoro avuto conoscenza di trattare con un prestanome, sia perchè la controscrittura fu fatta sotto i loro occhi, sia in altro modo qualunque, dovesse per ciò stesso ritenersi che ebbero conoscenza di contrarre con un mandatario e non con uno che agisse per conto proprio. Or, non potendosi nella specie mettere in

(1) Rig., 9 febb. 1848 (S.V., 48, 1, 481; Dalloz, 48, 1, 97; J.P., 1848, t. II, p. 129).

dubbio questo punto di fatto, dovea in conseguenza necessariamente decidersi che i terzi non potevano prevalersi del titolo apparente di prestanome.

1081. Infine, havvi un'altra condizione, che non bisogna confondere nè con quella del prestanome, nè con quella del mandatario o del commissionario: gli è quella di chi contratta per la persona da nominare. Il carattere di questa stipulazione, conosciuta sotto il nome di *facoltà di nominare*, *dichiarazione di comando*, *elezione di amico*, è stato fissato da Marcadè nel commentario dell'art. 1584 (1429) del Cod. Napoleone (1). Colui che contratta riservandosi la facoltà di nominare appellasi *comandato*.

Or colui che agisce per la persona da nominare si distingue dal prestanome, inquantochè non si presenta come padrone apparente del negozio, nè agisce in forza di un mandato preesistente, quantunque segreto; ma agisce per conto proprio, salvo lo avvenimento di una specie di condizione risolutiva, la quale, avverandosi, toglierà di mezzo il suo intervento.

Si distingue pure dal mandatario e dal commissionario: dal primo, perciocchè non agisce già in nome di un mandante di cui possa presentare gli ordini, ma in suo proprio nome, tanto che, secondo i casi, può rimanere l' acquirente diffinitivo; dal commissionario, perciocchè in sostanza non agisce unicamente in suo proprio nome, e specialmente diventerà assolutamente disobbligato verso il terzo (il venditore), appena avrà fatta la nominazione della persona, poichè questa allora prenderà il suo posto con effetto retroattivo.

1999 (1871). — Il mandante dee rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese, che questi ha fatto per l'esecuzione del mandato, e dee pagargli la mercede, se l'abbia promessa.

Quando non sia imputabile alcuna colpa al mandatario, non può il mandante dispensarsi da tal rimborso e pagamento, ancorchè l' affare non fosse riuscito; nè può far ridurre la somma delle spese e delle anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto esser minori.

2000 (1872). — Il mandante dee parimente far indenne il mandatario delle perdite dal medesimo sofferte per occasione delle assunte incumbenze, quando non gli si possa imputare alcuna colpa.

2001 (1873). — Il mandante dee al mandatario gli interessi delle somme che costui ha anticipate, dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento.

2002 (1874). — Quando il mandatario è stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidalmente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato.

SOMMARIO.

I. 1082. Obbligazioni del mandante verso il mandatario. Esse sono determinate dagli art. 1999 e 2000 (1871 e 1872). Il mandante vi è tenuto qualunque sia la persona per conto di cui il mandatario ha agito: si eccettuano i casi in cui egli medesimo sia il mandatario o il preposto di un'altra persona. — 1083. Le obbligazioni del mandante sono ridotte al numero di tre dal Codice, il quale non ha riprodotto una quarta, la quale consisteva, secondo Pothier, nel procurare al mandatario la liberazione dalle obbligazioni da lui contratte coi terzi. Nondimeno questa obbligazione sussiste anche og-

(1) *Vedi* Marcadè (t. III, p. 2ª, pag. 110).—*Vedi* pure Troplong (*Del Mandato*, n. 548; *Della Vendita*, nn. 64-76).

gi, ma nel solo caso in cui il mandatario abbia agito in suo proprio nome, cioè in qualità di commissionario. — *1084. Divisione.*

II. 1085. Rimborso al mandatario delle anticipazioni e delle spese. *Che cosa bisogna qui intendere per anticipazioni e spese: il rimborso deve farsi al mandatario dal mandante, quand'anche lo anticipo sia stato fatto da un terzo.* — *1086. Il mandatario non vi ha drillo, se la spesa sia stata cagionata per sua colpa.* Quid *se, trattandosi di un mandato generale che comprenda molte operazioni, il mandatario lo abbia in parte bene eseguito, e in parte no?* — *1087. Per regola generale, il mandante deve rimborsare al mandatario tutte le spese da costui fatte, senza potergliene opporre la inutilità. Differenza, a tal rispetto, tra il mandato e la gestione di affari. Nondimeno, lo stesso mandatario non avrebbe drillo a pretendere il rimborso di spese esagerate e notoriamente inutili.* — *1088. Come deve giustificarsi la spesa fatta dal mandatario.*—*1089. Modificazioni che possono farsi per convenzione alle sopradette regole.*

III. — *1090.* Interessi delle anticipazioni. *Il mandatario ha drillo agli interesssi per le sue anticipazioni: in ciò l'articolo 2001 (1873) è il riscontro dello art. 1996 (1868).* — *1091 Principi del drillo romano e del nostro antico drillo a tal riguardo: applicazioni.*— *1092. Gli interessi sono dovuti a contare dal giorno dei pagamenti verificati, non da quello in cui se ne fa la verifica.*—*1093. Quali sono le anticipazioni a cui può applicarsi l'art. 2001 (1873).*—*1094. Continuazione.*—*1095. Ragione degli interessi.* — *1096. Gli interessi sono dovuti a qualunque mandatario, nei termini dell' articolo 2001 (1873).* Quid *delle anticipazioni dei notari per dritti di registro? Controversia.* — *1097.* Quid *delle anticipazioni tra coniugi?*—*1098.* Quid *del gestore di affari?*—*1099. La prescrizione di cinque anni non colpisce gli interessi delle anticipazioni, finchè non sia chiuso il conto dell' amministrazione.* — *1100. Il mandatario può imputare le somme ricevute per conto del mandante prima sugli interessi delle sue anticipazioni, e poi sul capitale.*

IV. 1101. Pagamento della mercede. *Il mandante deve pagare al mandatario la mercede che gli può esser dovuta, sia per convenzione espressa, sia per convenzione tacita, o secondo le circostanze;* — *1102. Purchè non possa imputarsi al mandatario veruna colpa;* —*1103. E specialmente dolo:*—*1104. La mercede promessa sarà sempre dovuta, quantunque il mandatario abbia, per il medesimo affare, ricevuto un mandato salariato dalla persona con cui è incaricato di trattare.* — *1105. Del caso in cui il mandato trovisi eseguito senza alcuna ingerenza del mandatario;* — *1106. E di quello in cui la esecuzione del mandato sia sospesa o per forza maggiore,*—*1107. O per la revoca delle facoltà date al mandatario* —*1108. La mercede è dovuta, sebbene l'affare non sia riuscito; a tal rispetto può dirsi della mercede quel che dicemmo delle anticipazioni: rimando.* — *1109. Ma la mercede differisce dalle anticipazioni, in quanto che i giudici possono ridurla, se la ritengano eccessiva, avuto riguardo alla importanza del mandato.* —*1110. Il mandatario che sostituisce un terzo promettendogli una mercede, può mettere questa a carico del mandante?*— *1111. Ne differisce inoltre in quanto che non ne sono dovuti gli interessi se non dal giorno della domanda.*

V. —*1112.* Indennità delle perdite. *Il mandante, ai termini dell'art. 2000 (1872), dee far indenne il mandatario delle perdite dal medesimo sofferte per occasione delle assunte incumbenze.* — *1113. Questo articolo ha fatto cessare le antiche controversie intorno alla distinzione tra le perdite cagionate direttamente dal mandato, e quelle a cui dava semplicemente occasione: oggi, la indennità è dovuta in ambidue i casi;*— *1114. Ma bisogna che il mandatario non sia in colpa.*—*1115. Del caso in cui la perdita sofferta dal mandatario sia avvenuta per colpa o dolo del mandante.*— *1116. L'articolo 2000 (1872) si applica tanto al mandato salariato, quanto a quello gratuito.*— *1117. Passaggio all'azione accordata al mandatario per le obbligazioni del mandante verso di lui.*

VI. 1118. L'azione che il mandato fa nascere in favore del mandatario contro il mandante è, per sè stessa, puramente chirografaria; ma può, in taluni casi, essere privilegiata. — *1119. Quando*

dubbio questo punto di fatto, dovea in conseguenza necessariamente decidersi che i terzi non potevano prevalersi del titolo apparente di prestanome.

1081. Infine, havvi un'altra condizione, che non bisogna confondere nè con quella del prestanome, nè con quella del mandatario o del commissionario: gli è quella di chi contratta per la persona da nominare. Il carattere di questa stipulazione, conosciuta sotto il nome di *facoltà di nominare*, *dichiarazione di comando*, *elezione di amico*, è stato fissato da Marcadè nel commentario dell'art. 1584 (1429) del Cod. Napoleone (1). Colui che contratta riservandosi la facoltà di nominare appellasi *comandato*.

Or colui che agisce per la persona da nominare si distingue dal prestanome, inquantochè non si presenta come padrone apparente del negozio, nè agisce in forza di un mandato preesistente, quantunque segreto; ma agisce per conto proprio, salvo lo avvenimento di una specie di condizione risolutiva, la quale, avverandosi, toglierà di mezzo il suo intervento.

Si distingue pure dal mandatario e dal commissionario: dal primo, perciocchè non agisce già in nome di un mandante di cui possa presentare gli ordini, ma in suo proprio nome, tanto che, secondo i casi, può rimanere l'acquirente diffinitivo; dal commissionario, perciocchè in sostanza non agisce unicamente in suo proprio nome, e specialmente diventerà assolutamente disobbligato verso il terzo (il venditore), appena avrà fatta la nominazione della persona, poichè questa allora prenderà il suo posto con effetto retroattivo.

1999 (1871). — Il mandante dee rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese, che questi ha fatto per l'esecuzione del mandato, e dee pagargli la mercede, se l'abbia promessa.

Quando non sia imputabile alcuna colpa al mandatario, non può il mandante dispensarsi da tal rimborso e pagamento, ancorchè l'affare non fosse riuscito; nè può far ridurre la somma delle spese e delle anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto esser minori.

2000 (1872). — Il mandante dee parimente far indenne il mandatario *delle perdite* dal medesimo sofferte per *occasione* delle assunte incumbenze, *quando non gli* si possa imputare alcuna colpa.

2001 (1873). — Il mandante dee al mandatario gli interessi delle somme che costui ha anticipate, dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento.

2002 (1874). — Quando il mandatario è stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidalmente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato.

SOMMARIO.

I. 1082. Obbligazioni del mandante verso il mandatario. Esse sono determinate dagli art. 1999 e 2000 (1871 e 1872). Il mandante vi è tenuto qualunque sia la persona per conto di cui il mandatario ha agito: si eccettuano i casi in cui egli medesimo sia il mandatario o il preposto di un'altra persona. — 1083. Le obbligazioni del mandante sono ridotte al numero di tre dal codice, il quale non ha riprodotto una quarta, la quale consisteva, secondo Pothier, nel procurare al mandatario la liberazione dalle obbligazioni da lui contratte coi terzi. Nondimeno questa obbligazione sussiste anche

(1) *Vedi* Marcadè (t. III, p. 2ª, pag. 110).—*Vedi* pure Troplong (*Del Mandato*, n. 548; *Della Vendita*, nn. 64-76).

3° farlo indenne delle perdite sofferte per occasione delle assunte incumbenze. Le due prime obbligazioni formano oggetto dello art. 1999 (1871); l'art. 2000 (1872) parla della terza.

Il Codice non si incarica di una quarta obbligazione di cui parla Pothier (1) : il mandante deve procurare al mandatario la liberazione dalle obbligazioni da quest'ultimo contratte per l'esecuzione del mandato. La quale omissione del Codice ci porge un altro argomento per confermare tutto ciò che dicemmo intorno al carattere distintivo del mandato (operazione fatta da una persona *in nome di un'altra*). e alla riserva con cui debbonsi applicare alla nostra materia i principî che la regolavano sotto l' antico dritto e nel dritto romano. Infatti, questa quarta obbligazione, di cui tace il nostro Codice a proposito del mandato propriamente detto, sussiste nondimeno quando il rappresentante agisce come commissionario; diguisachè il mandante dovrà procurare al mandatario, obbligato verso i terzi in conseguenza della esecuzione del mandato, la liberazione dalle sue obbligazioni, semprechè abbia agito *in suo proprio nome*. E, non trovandosi nel nostro titolo una disposizione precisa a tal riguardo, il mandatario potrà trarre argomento dall'articolo 1375 (1329). secondo il quale, il proprietario il cui affare è stato bene amministrato, deve non solo adempire le obbligazioni che il gestore ha contratto in suo nome, ma *farlo indenne di tutte quelle che ha personalmente assunte*.

1084. Ed ora, venendo allo esame particolare delle obbligazioni del mandante definite dai nostri articoli, parleremo successivamente : 1° del rimborso, in capitale, delle anticipazioni fatte dal mandatario ; 2° degli interessi di tali anticipazioni; 3° del pagamento della mercede; 4° della indennità delle perdite. Dopo di che, per compiere il commento di questi articoli, tratteremo dell' azione che ha il mandatario per ottenere la esecuzione delle obbligazioni cui è tenuto il mandante verso di lui.

II. — **1085.** La prima obbligazione del mandante verso il suo mandatario consiste nel rendere quest' ultimo indenne di tutto ciò che ha erogato per l' esecuzione del mandato. Ciò è sommamente giusto, imperciocchè, da una mano, il mandatario che rende un buono ufficio non deve farlo a sue spese; e dall'altra, il mandante che riceve tutto il vantaggio dell'affare per lui ed in suo nome conchiuso, deve naturalmente sopportarne i pesi.

Così, se il mandatario abbia fatto spese di viaggio, di liti od altro, per eseguire l'ordine del mandante, dovrà esserne rimborsato. — Se per compiere l'affare di cui era incaricato ha impiegato non solo il danaro della sua cassa, ma il prezzo di una cosa che ha alienato, dovrà esserne del pari rimborsato. Ciò è evidentissimo, e sarebbe quasi inutile occuparcene, se non fosse per indicare che in questo caso, come dice Pothier secondo Africano (l. 37, Dig. *Mand.*), il prezzo da rimborsare dovrà essere determinato avuto riguardo al valore della cosa nel tempo in cui fu impiegata dal mandatario nello interesse del mandante (2). — Infine, sia che le anticipazioni fossero fatte dallo stesso mandatario, o da un terzo per lui ed in suo nome, il mandante ne dovrà sempre il rimborso, quand'anche il terzo non abbia più dritto contro il mandatario, per avergliene fatto dono. Nè in tal caso potrebbe il mandante pretendere che il mandatario nulla abbia speso per la esecuzione del mandato; imperciocchè, avendo il terzo fatta l'anticipazione in nome del mandatario, gli è evidente che costui perderebbe il valore della liberalità ricevuta, della quale non può per niun modo profittare il mandante (3).

Ma, in tutti i casi, qualunque siano le anticipazioni fatte nello interesse del man-

(1) *Vedi* Pothier (nn. 68, 80 e 81).
(2) Pothier (n. 71).
(3) Pothier (nn. 67 e 73). — *Junge* : Troplong (n. 623).

può essere esercitata. — 1120. Quanto tempo dura. — 1121. È garentita da un dritto di ritenzione? Rimando. — 1122. Del resto, il mandatario può esercitare tutti i mezzi di esecuzione che in generale sono a disposizione di un creditore. — 1123. Per una derogazione al dritto comune, egli ha il beneficio della solidarietà quando è stato costituito da più persone (articolo 2002 (1874)): — 1124. Motivi. — 1125. Ma in tutti i casi non esiste solidarietà tra i mandanti se non quando il mandatario sia stato costituito, 1° da più persone, 2° per un affare comune. — 1126. Applicazione del nostro articolo ai patrocinatori. Quid degli arbitri, dei periti, dei notari? — 1127. Quid dei sindaci di un fallimento? — 1128. E del patrocinatore incaricato di procedere in un giudizio che interessi il fallimento? — 1129. E del socio gerente? — 1130. La ratifica non dà luogo ad un'azione solidale contro coloro che l'hanno consentita, se non quando sia fatta col medesimo atto.

I. — **1082**. Veniamo ora alle obbligazioni del mandante rispetto al mandatario, indicate nei quattro articoli che qui abbiamo riunito.

Noi già dicemmo che queste obbligazioni, a differenza di quelle del mandatario, non sono essenziali e necessarie nel contratto di mandato, il quale senza di esse può esistere nelle sue condizioni costitutive, potendo benissimo avvenire che il mandato sia stato gratuito in tutto il rigore della parola, e che il mandatario non abbia fatto alcuna spesa nè sofferto alcuna perdita nella esecuzione (*sopra*, n. 801). Ma bisogna fin da ora notare che, nascendo l'obbligazione, il mandatario ha dritto ad esigerne lo adempimento, qualunque sia la persona per conto di cui abbia agito: solamente può avvenire che il mandante non ne sia personalmente tenuto. Tale sarebbe, per esempio, il caso in cui il mandante sia alla sua volta il mandatario o il preposto di un'altra persona. La giurisprudenza contiene su tal punto varie e numerose decisioni. Così, la Corte di cassazione ha specialmente giudicato che un ricevitore del registro, il quale incarichi un usciere di procedere contro un debitore, non sia personalmente tenuto delle spese dovute all'usciere, sebbene riconosca che costui, nella specie, avrebbe potuto rivolgersi al ricevitore, se e fino a quando fosse rimasto nello esercizio delle sue funzioni (1). Parimente ha giudicato, che il patrocinatore il quale sia stato incaricato da una società anonima di procedere in un giudizio nello interesse della società (2), o da un sindaco di procedere nello interesse del comune (3), o dal sindaco di un fallimento di procedere in un giudizio che interessi il fallimento (4), non abbia azione personale, per il pagamento delle spese, sia contro il direttore della società, sia contro il sindaco del comune o del fallimento, ma debba rivolgersi direttamente contro la società, il comune o il fallimento. D'onde segue che, dato il caso di doversi indennizzare il mandatario, non potrà a tal fine procedersi direttamente contro il mandante, se nel conferire il mandato abbia agito come mandatario o preposto: il che è pienamente conforme ai principî da noi esposti in occasione dell'art. **1989** (1861).

1083. Le obbligazioni del mandante, di cui dobbiamo ora parlare, sono le seguenti: 1° rimborsare il mandatario delle spese fatte per la esecuzione del mandato; 2° pagargli la mercede che gli può esser dovuta

(1) Ric., 24 marzo 1825 (S.V., 26, 1, 201; *Coll. nov.*, 8, 1, 91; Dalloz, 25, 1, 239).
(2) Ric., 6 maggio 1835 (S.V., 35, 1, 325; Dalloz, 35, 1, 268).
(3) Cass., 17 luglio 1838 (S.V., 38, 1, 577; Dalloz, 38, 1, 323).
(4) Ric., 24 agosto 1843 (S.V., 43, 1, 737; Dalloz, 45, 1, 453); Lyon, 8 nov. 1860 (S.V., 61, 2, 15; J.P., 1861, p. 193).—*Vedi intanto* Parigi, 6 agosto 1830, e Bordeaux, 24 aprile 1838 (S.V., 30, 2, 356; 38, 2, 269; Dalloz, 30, 2, 251; 38, 2, 1..).

Nondimeno, non bisogna spingersi troppo oltre. Certamente, e di ciò tutti gli scrittori ne convengono (1), la differenza tra il mandato e la gestione di affari è grande, essenziale. Ma, da un canto, non bisogna mai obliare che, trattandosi di gestione di affari, *l'utilità* deve valutarsi, non secondo il risultato diffinitivo e il profitto attuale che ne ritragga il proprietario, ma secondo la opportunità di intraprendere la gestione e fare le spese; dimodochè il proprietario non sarà dispensato dall' obbligo del rimborso se non quando la intrapresa sia stata per sè stessa cattiva, fin dal suo principio, e la spesa quindi assolutamente inutile. E, d'altro canto, si badi che nel mandato, per quanto sia degno di favore, il mandatario non è assolutamente libero di fare qualunque sorta di spese, ma che invece dovrebbe essere respinta la sua domanda, se abbia per oggetto il rimborso di spese esagerate o notoriamente inutili. Bisogna dunque conciliare le cose in modo da garentire tutti gli interessi.

Così, volendo aver qualche considerazione pel mandatario, noi diremo con Domat, che « se le spese da lui fatte eccedano ciò che il padrone della cosa avrebbe potuto probabilmente spendere facendole direttamente, questi sarà nondimeno tenuto a rimborsare tutto ciò che sia stato speso *ragionevolmente e di buona fede, sebbene con minore precauzione ed accorgimento* (2). » Ma più di questo non si dovrebbe concedergli. Quindi è stato giudicato, per esempio, che il notaro il quale, in qualità di mandatario di una parte, abbia pagato al conservatore delle ipoteche per cancellazione di una iscrizione un dritto maggiore di quello fissato dalla legge, non possa esigere dal mandante il rimborso di ciò che ha pagato dippiù (3); o anche, che il mandatario il quale paghi dritti di commissione o supplimenti di interessi, non potrebbe ripeterne il rimborso se non quando questi dritti straordinari siano consacrati dall'uso (4). E, rendendo generali queste soluzioni, possiam dire che il mandatario, in tutti i casi in cui abbia visibilmente esagerato le spese, mentre avrebbe potuto spendere di meno, non avrà dritto al rimborso se non in proporzione di ciò che avrebbe dovuto spendere (5). Il che per altro sorge dal medesimo testo dell'art. 1999 (1871), il quale, volendo impedire che il mandante sofisticasse sulle anticipazioni e le spese fatte dal mandatario per la esecuzione del mandato, ne ha però espressamente eccettuato il caso di colpa: ma il mandatario è certo in colpa quando esagera la spesa, poichè così facendo egli non ci presenta più quel tipo astratto del buon padre di famiglia, che dev'essere la regola della sua amministrazione (*sopra*, nn. 990 e seg.).

1088. Le spese fatte dal mandatario formano uno degli elementi del suo conto (*sopra*, n. 1011). Devono dunque giustificarsi con documenti regolari, come in generale tutti gli altri elementi del conto (*sopra*, n. 1002). Però, come dicemmo nel commentario dell'art. 1993 (1865) (n. 1003), il mandatario può essere liberato dall'obbligo di rendere un conto minuto. Potrà dunque parimente essere autorizzato colla convenzione a presentare un semplice stato delle sue anticipazioni, e chiederne il rimborso al mandante sopra questo solo documento (6).

1089. Tutte le regole dianzi esposte sulla disposizione dell'art. 1999 (1871) relativa alle anticipazioni possono essere modificate per convenzione. Così, le parti potrebbero stipulare efficacemente che il mandatario riceverebbe una somma determinata

(1) *Vedi* specialmente Marcadè (art. 1372-1374 (1326-1328), n. 2; art. 1375 (1329), n. 1).
(2) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 2, n. 3).
(3) Rig., 19 genn. 1831 (S. V., 31, 1, 157).
(4) Bordeaux, 19 luglio 1831; Parigi, 18 aprile 1836 (S. V., 33, 2, 46; 36, 2, 503; Dalloz, 32, 2, 17; 36. 2, 40).
(5) *Vedi* Pothier (n. 78).
(6) *Vedi* Merlin (*Rep.*, alla parola *Mandato*, § 4, n. 1).

per tutte le anticipazioni che sarebbero necessarie per la esecuzione del mandato; che la mercede convenuta valga come indennità; che abbia unicamente dritto al rimborso quando l'affare riesca. Non abbiamo nulla a dire su tali combinazioni, essendo protette dai principî sulla libertà delle convenzioni.

Ciò detto intorno alla disposizione dello art. 1999 (1871), ci piace ora esaminare immediatamente l'art. 2001 (1873), relativo agli interessi.

III. — **1090.** Infatti, il mandatario ha dritto non solo al rimborso del capitale, ma anche, secondo l'art. 2001 (1873), « agli interessi delle somme che ha anticipate, *dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento.* » Questa eccezione al principio che gli interessi sono dovuti dal giorno della domanda (art. 1153 (1107)), è il riscontro della regola stabilita nell'art. 1996 (1868) in favore del mandante (*sopra*, nn. 1041 e seg.). Siccome in quest'ultimo articolo la legge non permette che il mandatario faccia un guadagno, servendosi indebitamente delle somme appartenenti al mandante, così nell'art. 2001 (1873) non gli vuol far soffrire alcuna perdita per le anticipazioni da lui fatte; ed egli certamente la soffrirebbe se non gliene fossero pagati gli interessi dal giorno in cui siano state realmente fatte. Così è pienamente giustificata la eccezione alla regola dell'art. 1153 (1107).

1091. Le legislazioni precedenti non aveano sul proposito regole certe. — In dritto romano, il mandatario avea pure dritto agli interessi delle sue anticipazioni (l. 12, § 9, Dig. *Mand.*); però, come tutti gli interessi legali in Roma, doveano essere liquidati dal giudice: *ex officio judicis praestantur.* — Nel nostro antico dritto francese potevano essere sostenute tre dottrine, le quali tutte trovarono successivamente il loro appoggio nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Ed in prima, sotto l'influenza delle leggi proibitive del prestito ad interesse, le anticipazioni del mandatario potevano considerarsi come una specie di prestito, che non poteva produrre interessi in favore di chi le avea fatte. Pothier (la cui dottrina su tal punto è stata generalmente combattuta, come vedremo nel nostro commentario *Della Fidejussione*, art. 2028 (1900)) diceva in questo senso, che il fidejussore, — che è una specie di mandatario, — il quale abbia pagato pel debitore principale, ha dritto a ripetere il rimborso del capitale e degli interessi solamente *dal giorno della domanda* (1). E la Corte di cassazione, in materia di mandato, ha pure giudicato che le leggi anteriori al 1789, le quali vietavano ai mutuanti di stipulare interessi per il semplice prestito, dovessero anche estendersi alle anticipazioni del mandatario, tranne che, dopo la modificazione apportatavi prima del Codice colla *legge del 2 ottobre 1789*, il debitore *non avesse volontariamente* pagato gli interessi, i quali allora non potevano più ripetersi (2).

D'altro canto, poteva dirsi che le leggi proibitive del prestito ad interesse dovessero restrignersi alla materia speciale che aveano per oggetto di regolare, non potendosi estendere al contratto di mandato, e specialmente applicarle alle anticipazioni del mandatario. Così fu giudicato dalla Corte di cassazione, la quale, dovendo esaminare di nuovo la quistione sotto l'influenza delle leggi anteriori al Codice, decise che la dichiarazione del 1312 e l'ordinanza di Blois del 1579 non potevano applicarsi alle anticipazioni fatte da un mandatario per conto del suo committente, perciocchè l'art. 2001 (1873) del Codice non altro avea fatto al proposito che consacrare i principî stabiliti in questa materia dalle leggi romane e dalla giurisprudenza (3).

Infine, non essendovi una disposizione

(1) Pothier (*Obbligaz.*, n. 440).

(2) Ric., 6 (e non 26) aprile 1815 (S.V., 15, 1, 313; *Coll. nov.*, 5, 1, 36; Dalloz, 15, 1, 301).

(3) Cass., 17 marzo 1824 (S.V., 25, 1, 147; *Coll. nov.*, 7, 1, 416; Dalloz, 24, 1, 483).

precisa sulla materia, poteva ammettersi per principio che le anticipazioni fatte dal mandatario producessero interessi, lasciando però al potere discrezionale del giudice, giusta le regole del dritto romano a cui facevasi in certo modo ritorno, di determinare il giorno da cui dovessero pagarsi. E la Corte di cassazione, esaminando una terza volta la quistione in occasione di un mandato eseguito a San Domingo negli anni 1791, 1792 e 1793, confermò una decisione colla quale i giudici del merito, senza badare nè alla data in cui provavasi essersi fatte le anticipazioni, nè alla data della domanda, aveano attribuito gli interessi a contare da un tempo intermedio che determinavano secondo le circostanze (1).

Ma checchenesia, la disposizione dello art. 2001 (1873) ha troncato tutte queste incertezze ed esitazioni: oggi gli interessi sono dovuti di pieno dritto al mandatario *a contare dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento*.

1092. Invero le parole della nostra legge potrebbero prestarsi a due distinti significati, tra i quali per altro la scelta non è mai stata, nè ha potuto esser dubbiosa. Prese alla lettera, potrebbero significare: o che gli interessi delle anticipazioni siano dovuti al mandatario *dal giorno della verificazione del pagamento*; o che, salvo la obbligazione del mandatario di giustificarne il pagamento, gliene siano dovuti gli interessi *dal giorno in cui le ha fatto*. Però, come è naturale, bisogna attenerci a quest' ultima interpretazione, che è per altro quella generalmente seguita (2) *. La prima era stata discussa innanzi alla Corte di cassazione nella causa che diede luogo all'ultima delle decisioni citate nel numero precedente; la Corte invero non ebbe a pronunciarvi, poichè trattavasi nella specie di anticipazioni fatte da un mandatario negli anni 1791, 1792 e 1793, per le quali in conseguenza erano inapplicabili le disposizioni dell'art. 2001 (1873). Ma il pubblico ministero, Laplagne-Barris, che credette dover esaminare e discutere la quistione, mostrò chiaramente non essere possibile alcun dubbio, avvegnachè sorga a sufficienza provato, anche se si ponga mente alla disposizione materiale delle parole, che il legislatore, parlando *del pagamento provato*, non già della *pruova del pagamento*, volle provvedere acciò il mandatario, com' è per altro ben giusto, non soffra alcun danno pei servigi che potrebbe rendere al mandante. « Dare una diversa interpretazione all' articolo 2001 (1873), diceva giustamente l'avvocato generale, importerebbe gettarsi in una evidente contraddizione. Infatti, secondo il dritto comune, le somme che si domandano in giudizio producono interessi dal giorno della domanda. Ma se il mandatario, per ottenere gli interessi delle sue anticipazioni, fosse obbligato di farne la pruova giudiziariamente, potrebbe ben darsi che egli li ottenga a cominciare da un tempo di molto posteriore alla domanda, se, facendola, non abbia avuto in pronto i titoli e documenti giustificativi; d'onde ne verrebbe che il mandatario, che la legge ha voluto specialmente favorire, sarebbe trattato con minor favore di un creditore ordinario. Ma ciò non può ammettersi. » Pertanto gli è certo che il mandatario acquista il dritto agli interessi fin dal giorno in cui ha anticipato le somme per conto del mandante, salvo l'obbligo di provarne il pagamento; e l'art. 2001 (1873), parlando della verificazione a farsene, ha per oggetto di indicare che il mandatario

(1) Rig., 16 maggio 1836 (S.V., 37, 1, 135; Dalloz, 36, 1, 369).

(2) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 270); Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n. 7930 e 7951); Aubry e Rau (t. III, p. 469); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 48, nota 6); Mourlon (t. III, p. 446); Boileux (t. VI, p. 608); Troplong (n. 674).

* Nella traduzione del Codice Napoleone fatta nel 1806 pel Regno d'Italia, e pubblicata in Firenze, l' art. 2001 fu tradotto in modo da escludere qualunque dubbio: « Il mandante deve corrispondere al mandatario gli interessi delle somme da lui anticipate, *dal giorno del comprovato pagamento delle medesime*. »

deve fare la pruova delle sue anticipazioni per mezzo di documenti giustificativi, quietanze o altro (vedi *sopra*, n. 1088).

1093. Ma quali sono le *anticipazioni* a cui può applicarsi l'art. 2001 (1873)? Fra queste dovranno certo comprendersi i pagamenti realmente fatti dal mandatario per conto del mandante. Ma ciò non è tutto, poichè, secondo i casi, il mandatario può essere creditore del mandante senza aver fatto materialmente il pagamento, come se tenga infruttuose tra le sue mani alcune somme a disposizione di coloro a cui debbano pagarsi per conto di quello. Così, poniamo che il mandante abbia dato incarico di pagare i suoi creditori alla scadenza, nel qual tempo infatti il mandatario abbia tenuto pronto il danaro per fare i pagamenti; intanto i creditori non si sono presentati che molto tempo dopo: — gli interessi, ha detto giustamente la Corte di cassazione, saranno in tal caso dovuti dal giorno in cui il mandatario ebbe incarico di pagare le somme, poichè, appunto da quel giorno egli non potè più farne uso per suo conto personale (1).

1094. Ma non bisogna confondere con questo caso quello in cui il mandatario abbia in potere somme liquide appartenenti al mandante. Il suo primo dovere in tal caso sarebbe di impiegare i capitali del mandante per estinguere i debiti. e, se a ciò provveda invece coi suoi propri mezzi, non avrebbe dritto di dirsi creditore. nè potrebbe invocare l'art. 2001 (1873) per chiedere gli interessi delle somme che pretenderebbe avere anticipato. Il mandatario non era libero di lasciar dormire nelle sue mani i capitali del mandante, ed impiegare invece i suoi a scapito di quest'ultimo. Ciò fa giustamente osservare Troplong, d'accordo col quale diremo che in tal caso il giudice, anzichè applicare alle anticipazioni pretese dal mandatario la disposizione dello art. 2001 (1873), dovrebbe fare un compenso tra le somme anticipate e quelle proprie del mandante (2).

Se però il mandatario non abbia in potere somme liquide del mandante, ma valori che non potrebbero impiegarsi se prima non fossero recati a contanti, in tal caso dovrà, secondo le circostanze, decidersi se le anticipazioni fatte dal mandatario con proprio danaro, invece di impiegare questi valori ridotti in effettivo, possano produrre interessi, secondo è detto nel nostro articolo. Se si riconosca che il mandatario abbia fatto un atto di buona amministrazione ed agito da buon padre di famiglia, anticipando del proprio le somme occorrenti, poichè, per esempio, i valori del mandante non avrebbero potuto spendersi con vantaggio, nessun dubbio che dovrebbe applicarsi l'articolo 2001 (1873). Se invece sia provato che i valori del mandante poteano spendersi facilmente e con vantaggio, l'articolo non dovrebbe essere applicato.

1095. L'interesse delle anticipazioni, ragionato alla misura legale, sarà del 5 o del 6 per 100, secondo che il mandato abbia il carattere civile o commerciale. Intorno a questo punto non dobbiamo altro dire di particolare, se non che. quando il mandato è commerciale, debbono attribuirsi al mandatario gli interessi sulle somme da lui anticipate alla ragione del 6 per 100, quand'anche il mandante non sia un commerciante (*sopra*, n. 1051) (3).

1096. Gli interessi delle anticipazioni provate sono dovuti a qualunque siasi mandatario. Vedremo quanto prima in qual modo possa applicarsi questa regola al patrocinatore che abbia anticipato delle somme pel cliente che rappresenta in giudizio (*infra*. n. 1111). Notiamo qui intanto che essa è stata specialmente applicata dalla giurisprudenza al notajo per le anticipazioni che abbia fatte in occasione degli af-

(1) Ric., 31 dic. 1845 (S.V., 46, 1, 616; J. P., 1846, t. II, p. 433; Dalloz, 47, 4, 307).
(2) *Vedi* Troplong (n. 678).
(3) Ric., 18 febb. 1836; Bordeaux, 17 genn. 1839 (S. V., 36, 1. 940; 45. 1, 644, nella nota; Dalloz, 38, 1, 395; 39, 2, 114).

fari di cui era incaricato (*vedasi* la decisione sopra citata, n. 1093).

Ma a questo proposito è sorta una importante quistione, la quale, sebbene possa oggi sembrare diffinitivamente risoluta dalla giurisprudenza, presenta secondo noi gravissimi dubbi: trattasi di vedere se debbansi considerare come anticipazioni, nel senso dell'art. 2001 (1873), i dritti di registro pagati dai notari per gli atti da loro stipulati. La Corte di cassazione ha deciso costantemente che no; e sebbene, persista nella idea, secondo noi inesatta (*sopra*, n. 853), che i notari siano mandatari, ha giudicato nondimeno che l'art. 2001 (1873), quantunque scritto nel titolo *Del Mandato*, non riguarda punto i notari, i quali non avranno dritto agli interessi delle anticipazioni fatte per le spese dell'atto o pei dritti di registro, se non dal giorno della domanda in giudizio, per applicazione dello art. 1153 (1107) del Codice Napoleone (1). E le Corti imperiali, meno qualche eccezione, hanno seguito la medesima dottrina (2). Noi abbiamo in varie occasioni censurato questa giurisprudenza come contraria alla verità giuridica, e, dopo più maturo esame, ci confermiamo nel nostro divisamento. I motivi sono stati nitidamente svolti da Troplong nel rapporto che precede una delle decisioni profferite dalla Corte suprema (quella del 14 giugno 1840); e quindi sono stati riprodotti in tutte le susseguenti decisioni. Senza dubbio, ha detto in sostanza l'eminente magistrato, il notaro è il mandatario delle parti per ricevere le loro disposizioni e consacrarle in un atto pubblico; ma quando trattasi del pagamento dei dritti che il fisco preleva sugli atti, il notaro non è più il semplice mandatario delle parti; egli paga perchè la legge fiscale gliene impone un'obbligazione speciale. Ciò posto, egli è debitore, personalmente obbligato verso il Tesoro, salvo il suo regresso. Pertanto, bisogna appunto nella legge fiscale trovare le conseguenze di questa obbligazione straordinaria, che eccede i limiti del mandato. Or la legge dei 22 frimajo anno 7, dichiarando nell'art. 29 * debitore il notaio verso il fisco, gli dà nell'art. 30 ** il mezzo di assicurare il suo rimborso contro la parte debitrice; ma ivi non si parla di interessi di pieno dritto. Questo silenzio pruova che non li abbia voluto ammettere: sicchè non potranno altrimenti correre che dal giorno della domanda (3).

Or questa argomentazione, ci si permetta il dirlo, o meglio ripeterlo poichè più volte abbiamo avuto occasione di discutere questa teoria (4), non ci sembra punto decisiva. Noi concediamo di leggieri che il notaro, quando anticipa i dritti di registro, non agisce come mandatario del cliente, perciocchè riteniamo che, tanto nello stipulare l'atto, quanto nel presentarlo alla formalità del registro, il notaro adempie ad un obbligo del suo ufficio pubblico, e non è nè può essere mandatario (vedi *sopra*, n. 853). Ma non perchè il notaro non può nè deve, a tal riguardo, invocare il beneficio dello art. 2001 (1973), bisogna inferirne che egli sia governato dalla regola dell'articolo 1153 (1107). Quest'ultimo articolo, stabilendo per principio che gli interessi non sono dovuti che dal giorno della do-

(1) *Vedi* 30 marzo 1830, 11 novembre 1833, 24 giugno 1840, 18 marzo 1850, 24 gennaro 1853 (S. V., 30, 1, 131; 34, 1, 29; 40. 1, 503; 50, 1, 381; 53, 1, 180; Dalloz, 30, 1, 188; 34, 1, 36; 40, 1, 259; 50, 1, 101; 53. 1, 29; J. P., 1840, t. II, p. 188; 1850, t. I, p. 699; 1833, t. I, p. 523).

(2) Caen, 7 giugno 1837; Dijon, 22 aprile 1844; Douai, 10 luglio 1847; Orléans, 2 dicembre 1853; Grenoble, 17 dicembre 1858 (S. V., 37, 2, 410; 49, 2, 12; 55. 2, 298; 59, 2, 438; Dalloz, 37, 2, 144; 49, 2, 233; J. P., 1846, 1, 269; 1847, 2, 429; 1855, 1, 171; 1859, 361). — *Vedi* intanto Riom, 8 dicembre 1838; Grenoble, 14 luglio 1838 (S. V., 39, 2, 134 e 419; Dalloz, 39, 2, 94 e 251).

* *Conforme* art. 43 legge italiana sul registro dei 21 aprile 1862.

** Conforme, art. 45 legge suddetta.

(3) *Vedi* Troplong (Rapporto nella specie della decisione dei 24 giugno 1840, citata in una delle note precedenti, e *Comm. del Mandato*, n. 684).

(4) *Vedi Rivista critica* (t. III, p. 239 e seg.); *Journal du Palais* (1853, t. I, p. 523 e seg., nella nota); *Rivista del Notariato e del Registro* (n. 384).

manda, nè eccettua formalmente i casi in cui la legge fa correre gli interessi di pieno dritto. Or la dottrina medesima che combattiamo fa presentire uno di questi casi eccezionali, assai numerosi del resto, a cui può ricorrere il notaro per ottenere gli interessi delle sue anticipazioni per dritti di registro. Infatti, come si dice, la legge, volendo meglio assicurare la riscossione della imposta, ha dato al Tesoro due debitori, il notaro e la parte; diguisachè, pagando il dritto di registro, il notaro si libera personalmente. Ma non ci vuole più che tanto; perciocchè ad ogni modo l'essere due i debitori obbligati verso il Tesoro non modifica per nulla la sostanza delle cose: l'azione personale che appartiene all'amministrazione contro il notaro non osta certo alla sua azione contro la parte, non potendosi ammettere che sia liberato da ogni azione colui appunto che è il solo interessato nell'atto e che ne ritrae tutto il vantaggio. Sicchè al postutto l'amministrazione ha due debitori invece di un solo, i quali due debitori sono obbligati, non in parte, ma ciascuno per l'intero. E ciò quantunque il debito sia divisibile, imperciocchè i due debitori sono tenuti in solido, non in forza della convenzione, ma in conseguenza della condizione loro fatta dalla legge (Cod. Nap., art. 1202 (1155)). Or siccome l'affare riguarda un solo di essi, così la loro condizione sarà regolata dallo art. 1216 (1169), ai termini del quale « se l'affare per cui fu contratto il debito solidale non riguardava che uno degli obbligati in solido, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, *che come suoi fidejussori.* » Adunque, quanto al dritto di registro, il notaro, debitore come tale e non altrimenti, sarà reputato fidejussore della parte; ed allora poco importa per la nostra quistione se egli non sia mandatario: egli avrà sempre dritto ad aversi gli interessi delle sue anticipazioni, a contare dal giorno in cui le abbia fatte, in virtù della regola, oggimai indubitabile e già un tempo male a proposito contrastata da Pothier (*sopra*, n. 1892), secondo cui il fidejussore ha dritto, ***dal giorno del pagamento***, agli interessi delle somme pagate pel debitore principale (art. 2028 (1900)).

Che dire intanto degli argomenti ricavati dalla legge fiscale? Si è detto che in questa, e non altrove, bisogna trovare le conseguenze della obbligazione imposta al notaro! Ma gli è pur troppo evidente che tali conseguenze non doveano essere dedotte e formulate dalla legge fiscale. Il suo unico scopo, come lo ha cento volte bandito la Corte di cassazione, è stato di assicurare la riscossione della imposta; tutti i mezzi sono istituiti a questo fine; nel dippiù la legge se ne riferisce al dritto comune. In questo dunque bisogna cercare il bandolo per risolvere le quistioni che possono insorgere tra il cliente ed il notaro, quando quest'ultimo esercita i suoi dritti. Ciò riconoscesi senza alcuna esitazione, come vedremo nel commento dell'art. 2002 (1874), quando il notaro, ripetendo le *somme da lui anticipate*, invoca contro *tutte le parti* la solidarietà stabilita nel *dritto* comune (n. 1126). Come dunque negargliene il beneficio allorchè domanda gli interessi, cioè l'accessorio delle medesime somme anticipate? Ciò avviene, si dice, perchè l'art. 30 della legge di frimajo anno 7, secondo cui il notaio può ottenere un esecutorio per aversi più celermente il pagamento delle sue anticipazioni, nulla dice degli interessi di pieno dritto! Ma la legge speciale parla forse in alcun luogo della solidarietà, che nondimeno ammettesi senza alcun dubbio, in favore del notaro per il pagamento del debito principale? No certamente. Non ci par dunque seria questa obbiezione cavata dal silenzio della legge speciale relativamente agli interessi: molto più che in questo punto il silenzio era imposto dalla natura stessa delle cose. Ed infatti, l'art. 30 della legge di frimajo si occupa della procedura da eseguirsi per costringere il cliente che non paghi volontariamente a liberarsi verso il notaio; or nessuno certo vorrà mettere in forse che quello non era luogo opportuno per istabi-

lire il principio degli interessi. Ed è notevole per altro che, secondo il pensiero della legge, l'*esecutorio* è destinato ad essere pel notaro ciò che è l'*atto coercitivo* per l'amministrazione, un modo sommario di procedimento. Per questo aspetto, l'esecutorio non fa che in certo modo surrogare l'ufficiale pubblico che ha anticipato i dritti di registro, nell'azione dell'amministrazione. Or, quanto all'amministrazione, l'atto coercitivo non ha nè può avere per oggetto che il dritto principale, non essendovi legge che l'autorizzi ad esigere gli interessi dal contribuente moroso. Dunque l' art. 30, surrogando l' ufficiale pubblico nei dritti dell'amministrazione, non doveva nè poteva parlare di interessi. Ma ciò importa forse che l'ufficiale pubblico, specialmente il notaro, non possa ripetere gli interessi coi modi ordinarî, e nella misura di una stretta equità? No certamente: il silenzio dello art. 30 fa sì che le parti restino sotto lo impero del dritto comune; secondo il quale, ripetiamo, il debitore solidale, il fidejussore (e tale è il notaro quando trattasi della anticipazione del dritto di registro), acquistano gli interessi delle loro anticipazioni dal giorno del fattone pagamento.

1097. Poichè l' art. 2001 (1873) deve applicarsi a chiunque abbia agito nella qualità di mandatario, ne segue che le anticipazioni fatte dal coniuge sopravvivente per ottenere la liberazione dalla società di acquisti esistita tra lui e l'altro coniuge premorto, producono interessi dal giorno in cui sono state fatte (1). Parimente, dovrà dirsi, a tenore di una decisione della Corte di cassazione (2), che il pagamento fatto da una moglie maritata sotto la regola dotale o diversa dalla comunione, di un debito del marito, le dia dritto agli interessi della somma anticipata a contare dal giorno del pagamento; e che se, oltre al capitale del debito, ne siano stati pagati gli accessorî, come le spese o gli interessi, la moglie abbia pure dritto, secondo l'articolo 2001 (1873), agli interessi di questi accessorî, il cui valore rispetto a lei costituisce realmente un capitale (*sopra*, n. 1052); altrimenti, come giustamente osserva la Corte di cassazione, ella non sarebbe interamente indenne.

1098. Dicasi lo stesso di colui il quale, anticipando qualche somma, abbia agito non come mandatario, ma come *negotiorum gestor*, purchè però la spesa sia utile pel proprietario. Nondimeno leggesi nei motivi di una delle decisioni della Corte di cassazione (3), « che gli interessi accordati dalle leggi romane al *negotiorum gestor* ed al curatore, per le loro anticipazioni, dal giorno in cui le abbiano fatte, non corrono più di pieno dritto dopo la promulgazione del Codice. » Nella specie trattavasi di spese fatte da una persona la quale, dopo avere agito come *negotiorum gestor*, avea quindi proceduto come tutore di fatto, e, con tal titolo, senza esservi autorizzato, avea fatto le anticipazioni di cui reclamava gli interessi. Or, in presenza dello articolo 474 (397), secondo cui gli interessi di ciò che fosse dovuto al tutore non decorrono se non dal giorno della domanda giudiziale per lo pagamento, fatta dopo l'ultimazione del conto, la Corte diceva con molta esattezza che, dopo la promulgazione del Codice, differente in ciò dalle leggi romane, le anticipazioni del tutore non producono più interessi di pieno dritto a contare dal giorno in cui siano state fatte. Ma ciò solo bastava per giustificare la sua decisione. Assimilare poi, come fece la Corte, le anticipazioni del tutore e quelle del *negotiorum gestor*, non ci sembra esatto. Infatti, da una parte, nemmeno in dritto romano gli interessi delle anticipazioni fatte dal gestore di affari correvano *di pieno dritto*, e dal giorno in cui le avesse fatto; ma venivano attribuiti *ex officio judicis*, semprechè la spesa, utile pel proprietario,

(1) *Vedi* Bordeaux, 29 dic. 1831 (S. V., 32, 2, 633; Dalloz, 32, 2, 87).

(2) Cass., 26 febb. 1861 (S.V., 61, 1, 849; Dalloz, 61, 1, 481; J. P., 1862, p. 186).

(3) Rig., 7 nov. 1825 (S. V., 26, 1, 187; *Coll. nov.*, 8, 1, 208; Dalloz, 26, 1, 47).

non fosse stata esagerata; ed in tal caso gli interessi cominciavano a correre dal giorno della spesa. D'altra parte, non vediamo come possa dirsi che ciò sia stato modificato dal Codice Napoleone. Se l'art. 2001 (1873) è scritto specialmente per il mandato, il principio da esso consacrato non è contraddetto da alcuna delle disposizioni della legge sulla gestione di affari; sicchè, per la medesima ragione di equità, devesi incontrastabilmente applicare alla gestione di affari. Ciò è dimostrato da Troplong con grande autorevolezza di ragione (1); e noi, d'accordo con lui, opiniamo che il gestore di affari, che abbia fatto senza esagerazione una spesa veramente utile pel proprietario, procurandogli un vero vantaggio, dovrà ottenere gli interessi del suo danaro a contare dal giorno in cui lo ha speso.

1099. L'azione del mandatario per reclamare gli interessi delle somme che ha anticipato si prescrive in trent'anni. L'art. 2277 (2183) del Codice Napoleone non può qui applicarsi, trattandosi di crediti di somma non determinata. A tal rispetto possiamo riferircene alle regole sopra esposte (n. 1044) relativamente agli interessi delle somme dovute al mandante, ed impiegate dal mandatario a suo proprio uso. Però, giovi anche qui avvertire, la prescrizione trentennale devrà applicarsi finchè la somma dei crediti non sia determinata. Fatto il conto, il mandatario ha un titolo che potrà mettere in esecuzione, e quindi, quanto alla prescrizione, gli interessi saranno regolati dall'art. 2277 (2183) (2).

1100. Da ultimo faremo osservare che in molti casi il mandatario, anzichè agire per aversi gli interessi a norma dell'articolo 2001 (1873), potrà, con un mezzo infinitamente più semplice, imputare le somme da lui ricevute per conto del mandante, prima sugli interessi legali delle anticipazioni, e poi sul capitale. Egli infatti non è tenuto a fare il conto tutto in una volta, diguisachè non possa fare alcuna imputazione se non in fine del conto e nel bilancio finale. Quest'ultimo modo tornerebbe certo più vantaggioso al mandante; ma il mandatario non ha obbligo di uniformarvisi. Egli è nel suo dritto facendo il conto a scalare; purchè si astenga dal far produrre interessi agli interessi delle sue anticipazioni non estinte colla compensazione. Questo dritto si è cercato contrastare al mandatario, ma indarno: il tribunale di Charleville glielo ha riconosciuto senza esitazione, e la sua sentenza è stata confermata dalla Corte di Metz e dalla Corte di cassazione (3).

IV.— 1101. La seconda obbligazione del mandante verso il mandatario consiste nel pagargli la mercede, *se gliel' abbia promessa* (art. 1999 (1871)). Sappiamo per altro non essere necessaria una promessa formale, potendo il *patto contrario di cui* parla l'art. 1986 (1858) essere *puramente* tacito (*sopra*, n. 888). Sappiamo pure che la stipulazione della mercede può indursi dalle circostanze, massime dall'indole del negozio, se sia commerciale, o dalla professione del mandatario, e che a tal rispetto compete ai giudici un dritto supremo di estimazione. Intorno a questi punti non possiamo che riferircene al nostro commento dell'art. 1986 (1858) (*sopra*, nn. 883 e seguenti).

1102. Il pagamento della mercede, al pari del rimborso delle anticipazioni, è dovuto al mandatario, giusta l'art. 1999 (1871), *quando non sia imputabile a lui alcuna colpa*. Se dunque un mandatario per la sua negligenza abbia male eseguito, o non eseguito affatto il mandato di cui era incaricato, non avrà alcun dritto alla mercede promessa (4): se però la esecuzione del mandatario sia in parte cattiva, in parte

(1) *Vedi* Troplong (n. 680).

(2) *Vedi* Ric., 18 febb. 1836; Rouen, 4 maggio 1843 (S.V., 36, 1, 940; 43, 2, 494; Dalloz, 38, 1, 395; 43, 2, 204).

(3) Ric., 23 nov. 1858 (S. V., 59, 1, 597; Dalloz, 59, 1, 131; J.P., 1859, p. 1047).

(4) Rouen, 16 febb. 1829 (S.V., 30, 2, 314; *Coll. nov.*, 9, 2, 211; Dalloz, 31, 2, 20).

buona, dovrebbe stabilirsi una specie di compenso; l'equità non permetterebbe in tal caso di negargli assolutamente la mercede (*sopra*, n. 1087).

1103. Con più buona ragione, il dolo del mandatario lo renderebbe inammessibile a reclamare la mercede promessa; e se il dolo abbia avuto precisamente per oggetto di indurre il mandante a conferirgli il mandato, il mandatario, anche dopo averlo eseguito, non avrebbe alcun dritto a mercede, e potrebbe anzi essere condannato a restituir quella che gli sia stata pagata (1).

1104. Eccetto il caso di colpa o di dolo, la esecuzione del mandato dà dritto ad aversi la mercede, nè il mandante potrebbe esimersene, quand' anche il mandatario, per eseguire la medesima cosa, sia pagato da un'altra persona. Così per modo di esempio, se il mandante abbia promesso una somma al suo mandatario, riuscendo a procurargli la permuta della sua proprietà con un'altra specialmente indicata, egli non potrebbe, ottenuta la permuta, negarsi a pagare la somma convenuta, sotto pretesto che il mandatario abbia pure ricevuto dall'altro permutante, e mediante salario, mandato di vendergli o permutargli la sua proprietà (2). Così ha giudicato la Corte di Lione, e con somma esattezza. Noi anzi non ammettiamo neppure la restrizione fatta da quella Corte, la quale, in uno dei motivi della sua decisione, pretende che dovrebbe altrimenti dirsi se il mandatario avesse ricevuto facoltà di conchiudere il negozio senza l'intervento dei mandanti. La riserva, secondo noi, non può in alcun modo giustificarsi. In tal caso non altro potrebbe dirsi se non che, se il mandatario abbia sacrificato l' interesse di uno dei mandanti, questi potrebbe negarsi al pagamento della mercede o farla ridurre. La sua pretensione allora sarebbe fondata sulla colpa, forse anche sul dolo del mandatario, ad ogni modo sulla cattiva esecuzione del mandato. Ma quando il mandatario esegue esattamente e regolarmente i due mandati, se ha saputo con accorgimento conciliare gli interessi dei due mandatari, egli acquista il dritto ad aver pagata la mercede dall'uno e dall'altro.

1105. Pongasi intanto che l'oggetto del mandato sia stato conseguito senza ingerenza del mandatario, il quale nulla abbia fatto per l'esecuzione del mandato; in tal caso potrebbe a buon dritto negarsi il pagamento della mercede (3). Che se, non ostante lo inadempimento assoluto o il cattivo adempimento del mandato, sia stata rinnovata la promessa della mercede, non sarebbe lecito ai creditori del mandante opporre al mandatario l' inadempimento del mandato, per far respingere la sua domanda: essi non potrebbero essere ammessi se non quando il rinnovamento della promessa sia stato fatto in frode dei loro dritti (4).

1106. Può alle volte avvenire che l'esecuzione del mandato sia impedita per caso fortuito o per forza maggiore. Il mandatario allora, come sopra dicemmo (n. 992), è, per regola generale, liberato dall' obbligo di eseguire il mandato e da quello di render conto delle cose perdute per accidente. Ma si dirà lo stesso del mandante? Sarà anche egli ad un tempo liberato dall' obbligo di pagare la mercede promessa o convenuta? Distinguiamo. Se la forza maggiore o il caso fortuito avvenga prima che il mandatario si sia messo all'opera per eseguire il mandato, e in tal caso non sarà dovuta la mercede: il mandatario non può certamente avere alcun dritto a pretenderla, e quindi il mandante sarà interamente disobbligato. Se però il caso fortuito o la forza maggiore avvenga quando già la esecuzione era cominciata, e si era più o meno prossimi a conseguire l'oggetto del mandato, in tal caso giustizia vuole, da una mano, che il mandatario sia indennizzato dei servigi prestati,

(1) Ric., 7 ag. 1837 (S.V., 37, 1, 889; Dalloz, 37, 1, 458).
(2) Lyon, 9 agosto 1843 (S. V., 44, 2, 346).
(3) Ric., 11 nov. 1834 (S.V., 35, 1, 719).
(4) Ric., 18 luglio 1843 (Dalloz, 43, 1, 435; S.V., 43, 1, 908).

sta regola; la Corte di cassazione ha deciso che il credito di un patrocinatore pei suoi onorari non produce interessi se non dal giorno della domanda (1); la qual decisione è sommamente esatta. Però la Corte, facendo tutt' una cosa degli onorari e delle spese di procedura anticipate dal patrocinatore pei suoi clienti, decise nello stesso tempo non potersi nemmeno applicare l' art. 2001 (1873) al credito delle spese. Il che non è esatto. Il patrocinatore che procede per una parte è un vero mandatario, poichè *la rappresenta*: le spese da lui erogate pei bisogni della procedura costituiscono dunque delle vere anticipazioni, ai termini dell'art. 2001 (1873); nè vi ha alcuna ragione per negargli il beneficio di questo articolo. Nè tampoco sapremmo accettare una specie di sistema misto adottato da alcune Corti, le quali decidono che il patrocinatore abbia dritto agli interessi delle sue anticipazioni dal giorno in cui corrano pure pei suoi clienti, e non dal giorno della domanda (2). Questa decisione, che a primo aspetto sembra avere un' apparenza di equità, urta ad un tempo coll' art. 1153 (1107) e coll' art. 2001 (1873). Bisogna dunque scegliere tra la regola generale del primo di questi articoli e la eccezione consacrata nel secondo: quanto a noi, dicemmo già i motivi per cui crediamo doversi preferire la eccezione (3).

V. — 1112. La terza obbligazione del mandante verso il mandatario è indicata nello art. 2000 (1872), ai termini del quale « il mandante deve parimenti far indenne il mandatario delle perdite dal medesimo sofferte per occasione delle assunte incumbenze, quando non gli si possa imputare alcuna colpa. » Ciò è in perfetta relazione colla regola stabilita nell' art. 1993 (1865), il quale obbliga il mandatario a corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura (*sopra*, nn. 1001 e seg.): infatti è sommamente giusto che colui il quale ritrae tutti i benefici dal negozio ne risenta pure le perdite.

1113. E notinsi bene le parole della legge, in cui è detto che il mandatario deve essere reso indenne delle perdite sofferte *per occasione delle assunte incumbenze*. Con ciò il legislatore ha fatto cessare le controversie agitate nell' antico dritto per conoscere se potesse reclamarsi la indennità non solo quando le perdite erano una conseguenza diretta ed immediata del mandato, ma anche quando questo vi avea dato semplicemente occasione. Domat opinava pel sì. « Se un procuratore costituito, egli diceva, soffra qualche perdita o danno *in occasione dell' affare* di cui si è incaricato, si deciderà, secondo le circostanze, se a lui o al suo mandante debbasi *farne* risentire le conseguenze. Il che *dipenderà* dalla qualità dell'ordine che deve eseguirsi, dal pericolo, se ve ne sia, dall' indole dello avvenimento che ha cagionato la perdita, dalla relazione tra questo avvenimento e l'ordine che si eseguiva, tra la cosa perduta o il danno sofferto e l' affare che vi ha dato occasione... e da altre circostanze che possono far addossare all'uno o all' altro la perdita. Dopo di che si metteranno a calcolo le considerazioni di equità e i sentimenti di umanità che deve avere il mandante il cui affare è stato pel mandatario *una causa o una occasione* di perdita (4). » Ma Pothier, la cui opinione era per altro più generalmente ammessa, diceva al contrario: « Bisogna con molta accuratezza distinguere se alla perdita sofferta dal mandatario abbia dato causa od occasione il

(1) Cass., 23 marzo 1819 (S. V., 19, 1, 327; *Coll. nov.*, 6, 1, 48; Dalloz, 19. 1, 321).

(2) *Vedi* Nîmes, 23 febb. 1832; Lyon, 8 nov. 1860 (S. V., 33, 2, 104; 61, 2, 15; Dalloz, 32, 2, 203; J. P., 1861, p. 195).

(3) *Vedi* Chauveau (*Comm. della tariffa*, t. I, p. 87); Rivoire (*Dizion. della tariffa*, p. 39). — Conf. Berriat Saint-Prix (*Proc. civ.*, 7ª ediz., t. I, p. 174). Bonnesoeur (*Tassa delle spese in materia civile*, p. 145); Bioche (*Diz. di proc.*, alla parola *Patrocinatori*, n. 249).

(4) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 2, n. 6).

mandato; poichè in quest'ultimo caso, quando cioè il mandato vi abbia dato semplicemente occasione, il mandatario non ha dritto ad alcuna indennità. Così insegna Paolo, l. 26, § 6, Dig. *Mand.* (1). »

L'art. 2000 (1872) ha tolto di mezzo la controversia, condannando virtualmente la distinzione. Oggi le perdite sofferte dal mandatario saranno a carico del mandante, anche quando il mandato vi abbia dato semplicemente occasione; la qual disposizione della legge, infinitamente più equa della dottrina di Pothier, è nello stesso tempo più semplice e più facile praticamente ad applicarsi. È inoltre in perfetta armonia coll'art. 1852 (1724), il quale accorda un'indennità al socio pei rischi *inseparabili* dalla sua amministrazione, e coll'art. 1947 (1819), secondo cui il depositario dev'essere fatto indenne di tutte le perdite che il deposito può avergli *occasionate* (*sopra*, n. 510). Le quali disposizioni, concepite nel medesimo spirito, debbono interpretarsi le une colle altre. È questa la opinione degli scrittori (2): alcuni però, forse troppo arditamente, si spingono a dire che, nel dritto romano, il mandatario non poteva reclamare indennità se non per le perdite cui dava occasione diretta ed immediata la esecuzione del mandato. Gli è vero che Pothier riproduceva questa dottrina dai giureconsulti romani; ma la verità si è che i giureconsulti di Roma erano divisi sulla quistione, poichè alla legge 26, § 6, Dig. *Mand.*, citata da Pothier, può contrapporsi il testo di Ulpiano (l. 52, § 4, Dig. *Pro socio**), e specialmente il testo di Africano (l. 61, § 5, Dig. *De Furtis ***), i quali, ad onta di tutti gli sforzi fatti da Pothier per conciliarli, resistono alla distinzione da lui sull'autorità di Paolo sostenuta.

Checchenesia, non possiamo che rallegrarci di trovare nel Codice una disposizione precisa, non equivoca, innanzi a cui dileguansi tutte le difficoltà che, con tali precedenti storici, si sarebbero certo dovute elevare se il Codice non si fosse spiegato su tal punto.

Adunque il mandatario dev'essere fatto indenne della perdita sofferta per causa o anche per occasione del mandato. Certamente non bisogna spingere le cose all'estremo, come fu tentato innanzi alla Corte di Parigi. Nella specie, trattavasi di un capitano il quale, dopo aver fatto una preda marittima per conto di un armatore, era stato predato, mentre era in corsa per conto di un altro armatore, dalla potenza medesima a cui apparteneva la nave da lui precedentemente catturata: avendo allora dovuto riscattarsi per la preda da lui fatta, pretendeva ottenere il prezzo del riscatto dal suo antico armatore, sotto pretesto che ciò eragli avvenuto in conseguenza della preda di cui quest'ultimo avea profittato: ma la Corte di Parigi, la cui decisione fu invano denunziata alla cassazione, ritenne giustamente che, abbandonandosi ai rischi della corsa marittima nell'interesse di un nuovo mandante, il capitano erasi volontariamente esposto ai pericoli inerenti alla sua intrapresa, e che in questa condizione non poteva mettere a carico del precedente mandante la perdita che avea sofferto nella esecuzione di un mandato a cui il primo era assolutamente estraneo (3).

Però, poste da banda le esagerazioni, bisogna applicare la regola in tutta la sua

(1) Pothier (*Mand.*, n. 76).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 654-660, 663, 669); Delvincourt (t. III, p. 242, nota 1); Aubry e Rau (t. III, p. 469, nota 3); Mourlon (t. III, p. 446).

* *Quidam sagariam negotiationem coierunt, alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit; dicit Julianus, damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae, quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur.*

** *Justissime enim allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.*

(3) Ric., 23 dic. 1840 (Dalloz, 41, 1, 57; S. V., 41, 253).

estensione ; e in conseguenza qualunque perdita o qualunque danno sofferto dal mandatario a causa o in occasione di ciò che costituisce veramente la esecuzione del mandato, gli dà dritto di ripetere una indennità dal mandante. La Corte di Parigi, di cui possiamo anche qui invocare la giurisprudenza , ha fatta una notevole applicazione di questa regola ad un mandatario il quale, incaricato di invigilare sopra alcuni operai, erasi indotto, affin di sottrarli ad un pericolo, ad esporre la sua persona, tanto da incorrerne gravissimo danno. I primi giudici aveano considerato quel fatto come uno slancio generoso, degno certamente d'elogi, ma che, essendo stato la vera causa dello accidente, non poteva impegnare la responsabilità del mandante. Ma in appello fu ritenuto, con maggiore esattezza ed equità, che *non potendosi imputare ad imprudenza del mandatario*, nel senso dell' art. 2000 (1872), il danno da lui sofferto, era il caso di accordargli il dritto contro il mandante per ottenere il risarcimento di un danno cui indubitatamente avea dato occasione l'esecuzione del mandato (1).

1114. Da questa medesima considerazione della decisione siam tratti ad indicare che in tal caso, come in qualunque altro in cui trattasi di rimborsi dovuti dal mandante al mandatario (art. 1999 (1871), la legge fa una restrizione che risponde perfettamente alla regola secondo cui il mandatario risponde dei casi fortuiti quando è in colpa (art. 1993 (1865); *sopra*, nn. 1009 e 1010): il mandante non è tenuto a far indenne il mandatario delle perdite sofferte per causa o per occasione delle assunte incumbenze , se non quando non gli si possa imputare alcuna colpa (art. 2000 (1872)). Ciò ci dà la chiave per risolvere una quistione agitata tra gli scrittori prima e dopo la pubblicazione del Codice Napoleone , cioè se il mandatario il quale abbia speso tutto il suo tempo per la esecuzione del mandato, possa reclamare una indennità dal mandante per la perdita o pel danno da lui sofferto , non avendo potuto intendere ai suoi propri affari con quella assiduità che vi sarebbe abbisognata. La negativa non ci par dubbia. In questo caso bisogna dire con Pothier, la cui opinione è stata per altro generalmente seguìta, che la perdita o il danno sono stati cagionati non tanto dalla esecuzione del mandato *in se* , quanto dalla temerità del mandatario di incaricarsi di un affare che non avea il tempo di eseguire. Ciò avrebbe dovuto egli prima ponderare, misurando le sue forze: accettando il mandato così inconsideratamente , egli ha commesso una imprudanza; nè può certamente obbligarsi il mandante a farlo indenne della perdita o del danno che glien' è potuto derivare (2).

1115. Noteremo di volo , e ci sembra anche superfluo il farlo, che se le *perdite* sofferte dal mandatario fossero *sopravvenute* per fatto, colpa, e massime *per dolo* del mandante, questi non potrebbe in alcun modo esimersi dall'obbligo di risarcirnelo. Ciò è evidentissimo; e noi abbiamo voluto cennare questa ipotesi unicamente per dire, che i giudici in questo caso dovrebbero trovare nella colpa , e massime nel dolo del mandante, una ragione dippiù per mostrarsi più facili o ad elevare la cifra della indennità dovuta al mandatario, o, in caso di dubbio se il mandato sia stato o pur no la causa o l'occasione della perdita, a ritenere l'affermativa.

1116. Infine , per dir tutto intorno a quest'ultima obbligazione del mandante verso il mandatario, giovi avvertire che le sopradette regole sono anche applicabili al mandato salariato. L'articolo 2000 (1872), non fa alcuna distinzione , per quanto riguarda la indennità delle perdite , tra il mandatario gratuito e quello salariato : nè dovea farne, almeno in principio. Infatti ,

(1) Parigi, 14 agosto 1852 (Dalloz, 53, 2, 73; J. P., 1852, t, II , p. 571).

(2) *Vedi* Pothier (n. 77). *Junge*: Massé e Vergé, sopra Zachariae (t. V, p. 49, nota 8); Boileux (t. VI, p. 607); Taulier (t. VI, p. 530).

anche quando siasi stipulata una mercede a favore del mandatario, l'affare si esegue sempre nello esclusivo interesse del mandante; ed era quindi ben giusto che le perdite occasionate dalla esecuzione fossero anche in tal caso a carico di lui (1). Ma ciò non deve però intendersi in un senso troppo assoluto. Infatti, può ben darsi in alcuni casi che il salario sia stipulato non solo per rimunerare il mandatario, ma come uno strasatto per indennizzarlo pure delle perdite che potrebbe soffrire. Allora dovrebbe senza dubbio farsi eccezione alla regola, e se dalla esecuzione del mandato ne sia derivato un danno qualunque, il mandatario non potrebbe altro pretendere al di là del salario accettato in cambio di qualsiasi indennità (2). Per altro, come ben si comprende, siffatte quistioni dovranno sovranamente estimarsi dai giudici, a seconda le circostanze.

1117. Ed ora, dopo avere ad una ad una indicate le varie obbligazioni del mandante verso il mandatario, ci resta a parlare, onde compiere le nostre osservazioni su tal punto, dell'azione che compete a quest'ultimo per attuare i suoi dritti, azione che i Romani dicevano *mandati contraria*, quasi per indicare che non nascesse direttamente dal contratto di mandato, come quella che compete al mandante per costringere il mandatario alla esecuzione e al rendimento del conto.

VI. — 1118. Le obbligazioni che possono nascere dal mandato in favore del mandatario e a carico del mandante sono oggi, come tutte le obbligazioni in generale, oggetto di una sanzione attiva, in quanto che possono adirsi i tribunali onde farle eseguire. Così, il mandatario può citare in giudizio il mandante per costringerlo, o a rimborsarlo delle sue anticipazioni, o a pagargli la mercede promessa; o farlo indenne delle perdite sofferte in occasione della esecuzione.

Il mandante, come insegna Pothier, secondo la legge 12, § 9, *Mand.*, non potrebbe liberarsi da tale azione personale abbandonando al mandatario tutto ciò che si riferisca all'affare che ha formato oggetto del mandato (3). Ma essa è puramente chirografaria, almeno per principio; ed oggi non potrebbe più dirsi, come sotto l'antico dritto, che il mandatario acquisti con tale azione una ipoteca sui beni del mandante, quando la procura sia fatta per atto pubblico (4): la costituzione d'ipoteca dovrebbe essere espressamente consentita (Cod. Nap., art. 2127 (2013)) (5).

Nondimeno, il mandatario, sia civile, sia commerciale, può aver dritto a un privilegio in virtù dei principî generali, per esempio se abbia fatto spese per la conservazione o pel trasporto della cosa (art. 2102 (1971), nn. 3 e 6). Inoltre, il mandatario commerciale, sia che assuma veramente le parti di mandatario agendo in nome del mandante (il che avviene ben di raro), sia che agisca in suo proprio nome e come commissionario, ha un privilegio speciale, giusta i termini della legge dei 23-29 maggio 1863, che ha modificato le disposizioni del Codice di commercio sui *Commissionari in generale* (art. 95 (94 *) modificato del Codice di commercio). Le molte difficoltà mosse intorno a questo privilegio sono state già da noi indicate nel commentario *Dei Privilegi e delle Ipoteche* (num. 106), e vi ritorneremo nel nostro commentario *Del Pegno*.

1119. Il mandatario può agire contro il mandante appena fatta la spesa o contratta per di lui conto l'obbligazione (6); può reclamare la indennità delle perdite tostochè

(1) Duranton (t. XVIII, n. 269); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 318).
(2) *Vedi* Troplong (nn. 671 e 772).
(3) Pothier (n. 85).
(4) Pothier (n. 86).
(5) *Vedi* il nostro *Commentario dei Privilegi e delle Ipoteche* (nn. 655 e seg.).

* L'art. 94 delle nostre *leggi di eccezioni per gli affari di commercio* non dà privilegio al commissionato, se non in quanto si sia uniformato alle disposizioni ordinate nelle *leggi civili*, per l'imprestito sui pegni.
(6) Pothier (n. 84).

le abbia sofferte, o il pagamento della mercede, appena eseguito lo affare. In conseguenza è stato giudicato, che il mandante non abbia dritto a trattenersi la mercede dovuta al mandatario fino alla ultimazione del conto che quest'ultimo deve rendergli, se per altro sia dimostrato non esservi stata per parte sua colpa o negligenza, e che, salvo la facoltà del giudice di obbligare, secondo le circostanze, il mandatario a prestar cauzione onde tutelare gli interessi del mandante, debba questi pagare la mercede anche pria che sia stato presentato il conto della esecuzione (1).

Nè ciò solo: il mandatario può agire contro il mandante anche quando nulla abbia erogato, e appunto per evitare di fare del suo alcuna erogazione. Egli infatti può chiedere un anticipo al mandante, poichè se è obbligato di eseguire il mandato, non è certo tenuto, salvo convenzione contraria, a pagare con proprio danaro le somme necessarie anticiparsi per la esecuzione (2). A tal rispetto il fidejussore (che in sostanza e in realtà non è altro che il mandatario del debitore principale) trovasi in una condizione speciale che indicheremo nel commento dell'art. 2032 (1904).

1120. L'azione del mandatario per chiedere il rimborso delle sue anticipazioni, il pagamento della mercede e l'indennità delle perdite, è per principio soggetta alla prescrizione di trent'anni, come tutte le azioni in generale (3). Però, giovi notare, per ciò che riguarda il *pagamento della mercede*, che in alcuni casi particolari l'azione può prescriversi in un termine assai più ristretto: l'azione dei patrocinatori contro i loro clienti si prescrive in due anni (Cod. Nap., art. 2273 (2179)); quella degli uscieri per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni che eseguono, si prescrive in un anno (art. 2272 (2178), § 2)). Aggiungiamo per altro che, nella maggior parte dei casi, l'usciere non è un vero mandatario, poichè non rappresenta la persona di colui per cui agisce (conf. *sopra*, numeri 823 e seg).

1121. Ma indipendentemente dal dritto di agire che spetta al mandatario contro il mandante, gli si potrà forse accordare il dritto di ritenere, opponendo una eccezione di dolo, gli oggetti appartenenti al mandante, fino a che questi adempia la sua obbligazione? La soluzione di questa abbastanza grave quistione dipende da un'altra quistione più generale, cioè se il dritto di ritenzione possa estendersi al di là dei casi espressamente preveduti dalla legge.

Per altro, la quistione ci si offre qui sotto aspetti diversi: il mandatario può essere, secondo i casi, ora un conservatore della cosa; ora un creditore privilegiato per spese di trasporto o altre prevedute dallo art. 93 (94 M) del Cod. di commercio; ora infine, un semplice creditore chirografario. Risoluto questo primo punto, sollevasi una altra quistione non meno *controversa: il* mandatario, supposto che abbia un dritto di ritenzione, può forse opporlo non solo al mandante, ma anche a qualunque altra persona? In altri termini: il dritto di ritenzione è reale o personale?

Ma tutto ciò riannodasi alla teoria del dritto di ritenzione in generale, lo esame della quale abbiamo rimandato al nostro commentario *Del Pegno* (4). Tralasciamo dunque per ora di occuparci della quistione speciale.

1122. Il mandatario, creditore del mandante per le anticipazioni fatte, per la mercede dovutagli o per le perdite sofferte nella esecuzione del mandato, può del resto adoperare tutti i mezzi di dritto che la legge mette a disposizione di qualunque creditore in generale. E pure la Corte di Parigi ha negato al mandatario di una casa di commercio, al quale era stato promesso un

(1) Rennes, 9 aprile 1827 (S.V., *Coll. nov.*, 8, 2, 355).
(2) *Vedi* Troplong (n. 653).
(3) Bordeaux, 5 febb. 1827 (S.V., 27, 2, 102; *Coll. nov.*, 8, 2, 326, Dalloz, 27, 2, 184).
(4) *Vedi* il nostro *Comment. dei Priv. e delle Ipot.* (n. 22).

compenso per le operazioni confidategli, il dritto di sequestrare nelle mani dei debitori dei suoi mandanti le somme a costoro appartenenti (1). Però nella specie eravi questa circostanza decisiva, che il credito del mandatario non era nè liquido, nè certo; altrimenti, come sorge dalle parole stesse della decisione, la Corte non avrebbe esitato a dichiarar valido il sequestro.

1123. Inoltre, quando il mandato sia stato costituito da più persone, il mandatario può avere il beneficio della solidarietà contro ciascuno dei mandanti. Così dispone formalmente l'art. 2002 (1874), il quale, derogando al dritto comune, secondo cui l'obbligazione divisibile si divide tra i condebitori, non presumendosi la solidarietà (Cod. Nap., art. 1202 (1155)), dispone che « quando il mandatario è stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidalmente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato, » cioè per tutte le obbligazioni che nascono a favore del mandatario in conseguenza della esecuzione del mandato.

Questa regola i compilatori del Codice l'hanno tolta dalla nostra antica giurisprudenza, la quale a sua volta l'avea ricavata dai testi del dritto romano. « Paulus respondit, « unum ex mandatoribus in solidum eligi « posse, etiamsi non sit concessum in man« dato. » (L. 59, § 3, Dig. *Mand*). E Domat, parafrasando questo testo, diceva che se più persone abbiano costituito un procuratore o dato vari ordini, ciascuna di esse sarà tenuta in solido di tutto l'effetto della procura, mandato o commissione, verso il procuratore costituito, e di rimborsarlo, risarcirlo e farlo indenne, se vi è luogo, come se da lei sola fosse stato dato l'ordine o la procura, quand' anche non siasi fatta menzione di solidarietà (2). Pothier diceva parimente, che quando il mandatario era stato incaricato del mandato da più persone, potea intentare l'azione in solido contro ciascuno dei mandanti (3). Il solo Despeisses sosteneva su tal punto una opinione contraria, fondandosi su queste parole che Paolo avea aggiunto dopo la risposta testè ricordata: « Post condemna« tionem autem in duorum personam col« latam, necessario ex causa judicati sin« gulos pro parte dimidia conveniri posse « et debere. » Ma Pothier fa giustamente notare, che dalla necessità di indicare nella sentenza di condanna profferita contro i due mandanti che *essi siano in solido condannati*, onde possa per intero eseguirsi contro l'uno e l'altro, non se ne può in alcun modo inferire che per principio ciascuno dei due mandanti non sia solidalmente tenuto e non possa essere perseguito per l'intero. Ma checchenesia, l'art. 2002 (1874) ha voluto stabilire la solidarietà tra i mandanti, e l'ha formalmente stabilita.

Così il legislatore ha posto i mandanti in una condizione essenzialmente diversa da quella dei mandatari, tra i quali, secondo l'art. 1995 (1867), non esiste solidarietà se non in quanto sia stata formalmente espressa (*sopra*, n. 1032). Tuttavia, come diceva Berlier nella Esposizione dei motivi, queste disposizioni opposte non implicano per nulla contraddizione; « perciocchè, per quanto sia giusto che, in un un atto officioso e spesso gratuito, colui che rende un servigio abbia un'azione solidale contro coloro che ritraggono dal mandato un vantaggio comune, altrettanto sarebbe ingiusto renderlo verso costoro responsabile del fatto altrui senza una espressa convenzione: l'estrema differenza tra queste due condizioni non permette di trarre argomento dall'una all'altra (4). »

1124. Del resto, la disposizione che stabilisce la solidarietà tra i mandanti riguarda tanto il mandato salariato, quanto quello gratuito; poichè l'art. 2002 (1874) non fa alcuna distinzione, e, d'altro canto, la

(1) Parigi, 27 febbraro 1828 (S. V., 28, 2, 209; *Coll. nov.*, 9, 2, 40; Dalloz, 28, 2, 95).
(2) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 2, n. 5).
(3) Pothier (n. 82).
(4) Locré (t. XV, p. 238); Fenet (t. XIV, p. 588).

stipulazione del salario non fa perdere alla convenzione il suo carattere di mandato. Noi torneremo quanto prima su questo punto.

La regola dunque non soffre eccezione. Pure nell'antico dritto, Pothier indicavane una riguardante il caso di diversi *mandatores pecuniae numeratae*, i quali, come egli diceva, hanno la eccezione di divisione, del pari che i fidejussori (1). Ma un testo di Ulpiano sembrava contrario a questa soluzione (l. 21, Dig. *Mand.*). Checchenesia, non essendo tale eccezione riprodotta nell'art. 2002 (1874), possiam dire senza esitazione che, sotto il Codice, il mandatario ha il beneficio della solidarietà contro ciascuno dei mandanti, anche quando il mandato costituito da più persone abbia per oggetto il prezzo di una somma di danaro (2).

1125. Tuttavia, se la regola non soffre eccezione, è almeno subordinata ad alcune condizioni, senza di cui non potrebbe applicarsi. Ed in prima, vuolsi che il mandato costituito da più mandanti sia conferito col medesimo atto: questa condizione non è indicata nell'art. 2002 (1874), ma è nondimeno necessaria. Se il mandato sia stato conferito con atti diversi, può ben avvenire, dice Rodière con molta esattezza (3), che ciascuno dei mandanti sia tenuto *in solidum*, per esempio nel caso in cui la indennità chiesta dal mandatario sarebbe sempre la medesima sia contro un solo, sia contro tutti. Ma non tratterebbesi della solidarietà propriamente detta, perciocchè allora, essendo i mandanti estranei gli uni cogli altri, sonvi a dir vero tanti mandanti quanti atti diversi.

Oltre questa condizione, altre due sono indicate nel medesimo art. 2002 (1874): il mandato dev'essere stato conferito, 1° da più persone; 2° per un affare comune. Quindi non saravvi solidarietà nel caso in cui, anche con unico atto, parecchi mandanti abbiano costituito un mandatario per affari non comuni. Infatti, come è stato deciso dalla Corte di cassazione, il mandato dato ad un terzo da uno dei coeredi, attore nel giudizio di divisione, e quello dato alla medesima persona dai coeredi convenuti, di rappresentarli nel giudizio, possono considerarsi avere per oggetto un interesse contrario o non comune, anche quando la domanda di divisione non sia contraddetta dai convenuti, e che quindi il mandatario non abbia azione in solido contro i mandanti pel rimborso delle sue anticipazioni (4).—Parimente, non vi sarebbe nemmeno solidarietà nel caso in cui l'affare, oggetto del mandato, sia comune a parecchi, ma il mandatario sia stato costituito da un solo mandante. In tal caso sarebbe solo direttamente obbligato quel tale che ha fatto la costituzione; gli altri cui interessa l'affare saranno *soltanto tenuti* coll'azione *de in rem verso*. Se però il mandato non sia conferito nè da un solo, nè da tutti gli interessati, ma da parecchi, la solidarietà esisterebbe tra coloro che fecero la costituzione, i quali sarebbero obbligati di fare l'anticipazione anche per quelli che non vi concorsero (5).

1126. La solidarietà stabilita dall'art. 2002 (1874) può anche invocarsi, come dicemmo, dal mandatario salariato (n. 1124); e quindi, per giusta applicazione di questa regola, è stato generalmente ammesso e giudicato che il patrocinatore incaricato di procedere in giudizio da più persone che abbiano un interesse comune, possa rivolgersi in solido contro ciascuna di esse per ottenere il rimborso delle sue spese (6). La sola Corte di Besanzone si

(1) Pothier (n. 82).

(2) Rodière (*Della Solidarietà e della Indivisibilità*, n. 271); Duranton (t. XVIII, n. 271): Mourlon (t. III, pag. 446); Berriat Saint Prix (*Not. théor*, n. 7954); Boileux (t. VI, p. 609); Troplong (n. 688).

(3) *Vedi* Rodière (*loc. cit.*).

(4) Ric., 12 marzo 1833 (S. V., 33, 1, 302; Dalloz, 33, 1, 138).

(5) Ric., 11 febb. 1834 (S. V., 34, 1, 713; Dalloz, 34, 1, 87).

(6) Liège, 2 aprile 1810; Orléans, 26 luglio 1827; Grenoble, 23 marzo 1829; Tolosa, 11 maggio e 15 nov. 1831; Bordeaux, 28 nov. 1840 (S. V., 10. 2, 369; 28, 2, 159; 29, 2, 296; 32, 2, 393 e 581; 41, 2, 144; Dalloz, 10, 2, 130; 28, 2, 65; 30, 2, 105; 32, 2, 57).

è negata ad applicare l'art. 2002 (1874) al mandatario *ad lites*, sotto pretesto che se il legislatore avesse voluto estendere anche a lui la disposizione, lo avrebbe detto nel Codice di procedura o nella tariffa (1): motivo di nessun valore giuridico, perciocchè essendo i patrocinatori veri mandatari, e rappresentando realmente i clienti per cui agiscono, la loro azione dev'essere naturalmente protetta dall'art. 2002 (1874), la cui disposizione non avea bisogno d'essere riprodotta o confermata per questo caso speciale.

La giurisprudenza si è spinta più oltre, accordando pure il beneficio della solidarietà, per applicazione del nostro articolo, sia agli arbitri (2), sia ai periti nominati dalle parti (3) o anche d'officio (4), sia ai notari (5). Ma in tal caso la solidarietà devesi piuttosto accordare per induzione dall'art. 2002 (1874). I notari, come abbiamo a sovrabbondanza dimostrato (*passim*, e specialmente nn. 825 e 853), non sono, come i patrocinatori, mandatari delle parti che li richiedono del loro ufficio. Quando stipulano nella loro qualità di notari, essi adempiono un'obbligazione del loro ufficio pubblico; e se hanno dritto agli onorari, e possono agire per averne il pagamento contro le parti per cui hanno stipulato, non è già in forza di un preteso mandato, ma in forza della medesima legge che li ha istituito. Però è sommamente giusto accordar loro il beneficio della solidarietà contro ciascuna delle parti che abbiano un interesse comune negli atti che hanno stipulato; avvegnachè i loro servigi, sebbene non costituiscano la esecuzione di un mandato propriamente detto, siano nondimeno tanti atti *sui generis*, pei quali è più conveniente applicare i principî simili a quelli del mandato, anzichè quelli che regolano la locazione d'opera (*sopra*, n. 825) (6). Queste ultime osservazioni valgono parimenti pei servigi resi dagli arbitri e dai periti. Laonde noi, accettando in sostanza le decisioni della giurisprudenza sul punto indicato, non possiamo menar buona la confusione in cui sono incorse, supponendo il mandato propriamente detto, e in conseguenza applicando l'art. 2002 (1874) là ove questa disposizione non poteva che per analogia invocarsi.

1127. Un dubbio particolare si è mosso a proposito dei sindaci dei fallimenti. Il sindaco è certamente un vero mandatario, inquantochè in molte circostanze, specialmente nei giudizi, rappresenta i creditori del fallito. Ma segue forse da ciò che debba loro competere, pel rimborso delle spese, un'azione in solido contro ciascuno dei creditori? Promossa tal quistione innanzi la Corte di Tolosa, e quindi, sul ricorso, innanzi la Corte di cassazione, è stata risoluta in senso negativo, nè poteva altrimenti essere, per la ragione decisiva che il sindaco non rappresenta ciascuno dei creditori individualmente, ma tutti i creditori come componenti una persona morale distinta (7). Nè vi ha luogo per altro a distinguere, se il sindaco sia stato nominato ad unanimità, o a maggioranza di voti. L'essere in quest'ultimo caso forzato il mandato del sindaco, in quanto che è imposto ai creditori, non porta ad alcuna conseguenza, nè fa variare il principio.

(1) Besanzone, 20 nov. 1809 (S. V., *Coll. nov.*, 3, 2, 148; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 668).

(2) Cass., 17 nov. 1830 (S. V., 31, 1, 28; Dalloz, 30. 1, 389).

(3) Rig., 11 agosto 1813; Aix, 2 marzo 1833; Montpellier, 30 genn. 1840 (S. V., 15, 1, 94; 33, 2, 568; 40, 2, 218; Dalloz, 14, 1, 591; 33, 2, 129; 40, 2, 134).

(4) Rennes, 25 gennaro 1844 (S. V., 45, 2, 17; Dalloz, 43, 2. 158).

(5) Cass., 27 genn. 1812, 26 giugno e 15 nov. 1820, 19 aprile 1826, 10 nov. 1828, 20 maggio 1829; Riom, 8 dic. 1838; Tolosa, 29 aprile 1847 (S. V., 12, 1, 198; 20, 1, 409; 21, 1, 93; 26, 1, 1396; 29, 1, 79 e 272; 39, 2, 419; 47, 2, 465; Dalloz, 12, 1, 216; 20, 1, 554; 21, 1, 42; 26, 1, 240; 28, 1, 438; 29, 1, 247; 39, 2, 251; J. P., 1839, t. II, p. 386; 1847, t. II, p. 302).

(6) *Conf.* Aubry e Rau (t. III, p. 470, nota 7).

(7) Ric., 23 maggio 1837 (S. V., 37, 1, 839; Dalloz, 37, 1, 263).

1128. In conseguenza della medesima idea, devesi naturalmente negar pure l'azione in solido contro i creditori del fallito al patrocinatore incaricato dal sindaco di procedere in un giudizio interessante il fallimento: il patrocinatore allora non avrebbe azione contro i creditori se non fino alla concorrenza della loro parte nell'attivo; l'azione solidale non gli potrebbe competere se non quando abbia agito in forza di una loro speciale autorizzazione (1).

1129. L'art. 2002 (1974) non riguarda i mandatari *legali*. Quindi la sua disposizione non potrebbe invocarsi dai rappresentanti degli incapaci, per esempio dal tutore di più minori che sia rimasto creditore per anticipazioni fatte nel loro comune interesse. La solidarietà, dice Rodiére con molta esattezza, è per sè stessa un dritto esorbitante, nè può estendersi a casi che non siano espressamente dalla legge preveduti; ma è pur troppo manifesto che l'art. 2002 (1874) abbia avuto unicamente di mira i mandatari convenzionali (2).

E v'ha dippiù: sebbene scritto pei mandatari convenzionali, l'art. 2002 (1874) non li riguarda tutti. Così, e specialmente, il socio gerente non potrebbe invocarne il beneficio. Per questo aspetto, egli differisce dal liquidatore d'una società disciolta, a cui non potrebbe certo negarsi l'azione solidale contro tutti i soci. Ma quando la società sussiste, la qualità di socio domina quella di gerente nella persona di colui che l'amministra e la dirigge: e per questo appunto non può competergli un'azione solidale contro i suoi consociati. Questa proposizione sarà da noi sviluppata nel commento del titolo *Delle Società*.

Al gestore di affari non compete nemmeno azione solidale contro le persone per cui ha amministrato, sia che abbia avuto in mente di agire per tutti o per un solo degli interessati. Essendo l'art. 2002 (1874) scritto unicamente pel contratto di mandato, il *negotiorum gestor* dovrà, nel primo caso, dividere la sua azione contro coloro di cui ha amministrato gli affari, ed agire contro ciascuno in proporzione del suo interesse. Nel secondo caso, come osserva Rodière, avrà un'azione *in solidum* contro colui di cui ha inteso amministrare l'affare, e l'azione *de in rem verso* contro gli altri, in proporzione del vantaggio a ciascuno di essi derivatone (3).

1130. Quando il mandatario costituito da più mandanti ecceda le facoltà conferitegli, costoro, per principio, non saranno obbligati. Ma se ratifichino le sue operazioni, tutto allora diventerà valido; e poichè la ratifica, come sopra dicemmo (n. 1075), produce un effetto retroattivo, il *mandatario* avrà la sua azione solidale *contro tutti i* mandanti che l'hanno fatta *. Ma anche qui sarebbe necessaria la condizione di cui parlammo nel n. 1125: la ratifica dovrebbe esser fatta dai mandanti col medesimo atto; se fatta con atti diversi, vi sarebbero tanti mandati quanti atti; e quindi i mandanti non sarebbero più tenuti in solido verso il mandatario (4). Ciò non è per nulla contraddetto da una delle decisioni sopra citate (5); imperciocchè nella specie non trattavasi di una quistione di ratifica: ed è un errore dei raccoglitori il voler far supporre il contrario. La solidarietà contrastavasi innanzi alla Corte di cassazione, sotto pretesto di trattarsi nella specie di una semplice gestione di affari, la quale, come ab-

(1) Ric., 24 agosto 1843 (S. V., 43, 1, 737; Dalloz, 43, 1, 453).

(2) *Vedi* Rodière (*Della Solidarietà e della Indivisibilità*, n. 220).

(3) *Vedi* Troplong (n. 694); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 334); Rodière (*loc. cit.*, n. 219).

* Giudicato che « il mandatario non sia responsabile di avere nella stipulazione di un contratto ecceduto i limiti del mandato, se il contratto è stato poscia dal mandante approvato. » — (Cass. di Milano, 13 nov. 1861, *Legge*, 1861, pag. 754).

(4) *Vedi* Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 335); Troplong (n. 695); Boileux (t. VI, p. 610); Taulier (t. VI, p. 531); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 50, nota 13).

(5) Decisione degli 11 febbraro 1834, citata sotto il n. 1123.

è negata ad applicare l'art. 2002 (1874) al mandatario *ad lites*, sotto pretesto che se il legislatore avesse voluto estendere anche a lui la disposizione, lo avrebbe detto nel Codice di procedura o nella tariffa (1): motivo di nessun valore giuridico, perciocchè essendo i patrocinatori veri mandatarî, e rappresentando realmente i clienti per cui agiscono, la loro azione dev'essere naturalmente protetta dall'art. 2002 (1874), la cui disposizione non avea bisogno d'essere riprodotta o confermata per questo caso speciale.

La giurisprudenza si è spinta più oltre, accordando pure il beneficio della solidarietà, per applicazione del nostro articolo, sia agli arbitri (2), sia ai periti nominati dalle parti (3) o anche d'officio (4), sia ai notari (5). Ma in tal caso la solidarietà devesi piuttosto accordare per induzione dall'art. 2002 (1874). I notari, come abbiamo a sovrabbondanza dimostrato (*passim*, e specialmente nn. 825 e 853), non sono, come i patrocinatori, mandatarî delle parti che li richiedono del loro ufficio. Quando stipulano nella loro qualità di notari, essi adempiono un'obbligazione del loro ufficio pubblico; e se hanno dritto agli onorarî, e possono agire per averne il pagamento contro le parti per cui hanno stipulato, non è già in forza di un preteso mandato, ma in forza della medesima legge che li ha istituito. Però è sommamente giusto accordar loro il beneficio della solidarietà contro ciascuna delle parti che abbiano un interesse comune negli atti che hanno stipulato; avvegnachè i loro servigî, sebbene non costituiscano la esecuzione di un mandato propriamente detto, siano nondimeno tanti atti *sui generis*, pei quali è più conveniente applicare i principî simili a quelli del mandato, anzichè quelli che regolano la locazione d'opera (*sopra*, n. 825) (6). Queste ultime osservazioni valgono parimenti pei servigî resi dagli arbitri e dai periti. Laonde noi, accettando in sostanza le decisioni della giurisprudenza sul punto indicato, non possiamo menar buona la confusione in cui sono incorse, supponendo il mandato propriamente detto, e in conseguenza applicando l'art. 2002 (1874) là ove questa disposizione non poteva che per analogia invocarsi.

1127. Un dubbio particolare si è mosso a proposito dei sindaci dei fallimenti. Il sindaco è certamente un vero mandatario, inquantochè in molte circostanze, specialmente nei giudizî, rappresenta i creditori del fallito. Ma segue forse da ciò che debba loro competere, pel rimborso delle spese, un'azione in solido contro ciascuno dei creditori? Promossa tal quistione innanzi la Corte di Tolosa, e quindi, sul ricorso, innanzi la Corte di cassazione, è stata risoluta in senso negativo, nè poteva altrimenti essere, per la ragione decisiva che il sindaco non rappresenta ciascuno dei creditori individualmente, ma tutti i creditori come componenti una persona morale distinta (7). Nè vi ha luogo per altro a distinguere, se il sindaco sia stato nominato ad unanimità, o a maggioranza di voti. L'essere in quest'ultimo caso forzato il mandato del sindaco, in quanto che è imposto ai creditori, non porta ad alcuna conseguenza, nè fa variare il principio.

(1) Besanzone, 20 nov. 1809 (S. V., *Coll. nov.*, 3, 2, 148; Dalloz, *Racc. alf.*, t. IX, p. 668).

(2) Cass., 17 nov. 1830 (S. V., 31, 1, 28; Dalloz, 30, 1, 389).

(3) Rig., 11 agosto 1813; Aix, 2 marzo 1833; Montpellier, 30 genn. 1810 (S. V., 15, 1, 94; 33, 2, 568; 40, 2, 218; Dalloz, 14, 1, 591; 33, 2, 129; 40, 2, 134).

(4) Rennes, 25 gennaro 1844 (S. V., 45, 2, 17; Dalloz, 43, 2, 158).

(5) Cass., 27 genn. 1812, 26 giugno e 15 nov. 1820, 19 aprile 1826, 10 nov. 1828, 20 maggio 1829; Riom, 8 dic. 1838; Tolosa, 29 aprile 1847 (S. V., 12, 1, 198; 20, 1, 409; 21, 1, 93; 26, 1, 1396; 29, 1, 79 e 272; 39, 2, 419; 47, 2, 465; Dalloz, 12, 1, 216; 20, 1, 554; 21, 1, 42; 26, 1, 240; 28, 1, 438; 29, 1, 247; 39, 2, 251; J. P., 1839, t. II, p. 386; 1847, t. II, p. 302).

(6) *Conf.* Aubry e Rau (t. III, p. 470, nota 7).

(7) Ric., 23 maggio 1837 (S. V., 37, 1, 839; Dalloz, 37, 1, 265).

SOMMARIO.

I. 1132. Divisione.

*II. 1133. Morte del mandante o del mandatario : essa fa cessare il mandato ; perchè. — 1134. La morte civile, assimilata a questo riguardo dal nostro articolo alla morte naturale , è oggi abolita dalla legge dei 31 maggio 1854; ma la causa di estinzione è rimasta come conseguenza delle pene che producevano prima la morte civile.—1135. La morte fa cessare il mandato di pieno dritto, senza bisogno di alcuna notificazione, salvo il favore accordato alla buona fede del mandatario o dei terzi. —1136. Eccezione per ciò che riguarda il mandato dato da una parte ad un patrocinatore. — 1137. Applicazione di questa disposizione della legge al mandato dato o accettato da un ente morale. — 1138. Effetti della morte di uno dei mandanti o dei mandatari quando il mandato sia dato o ricevuto da più persone. — 1139. La regola che la morte fa cessare il mandato soffre varie eccezioni. — 1140. Eccezioni riguardanti tanto il caso di morte del mandatario, quanto il caso di morte del mandante : del mandato implicitamente contenuto nella elezione di domicilio; — 1141 Del mandato dato da un debitore al creditore di far vendere i suoi beni senza formalità giudiziarie;— 1142. Dell'*adjectus solutionis gratia. *— 1143. Eccezioni riguardanti esclusivamente il caso di morte del mandante : del mandato dato sotto forma di prestanome; distinzione tra i terzi e il mandatario; —1144. Del caso in cui vi sia pericolo nel ritardo : rimando ; — 1145. Del caso in cui il mandato debba essere eseguito dopo la morte del mandante; —1146.* Quid *di quest'ultima eccezione in materia di deposito ? Rimando.*

III. 1147. Mutazione di stato del mandante o del mandatario : sebbene l'articolo 2003 (1875) parli soltanto della interdizione, la sua disposizione deve estendersi a qualunque mutamento di stato che renda incapace di obbligarsi : nondimeno il mutamento di stato in persona del mandante non fa cessare il mandato se non in relazione a quei dritti di cui perde l' esercizio. Potrà dirsi lo stesso se il mutamento di stato avvenga in persona del mandatario? Distinzioni.—Applicazioni : del mandato conferito o ricevuto da una donna che quindi si mariti ; del mandato conferito e ricevuto da una persona che vien poi sottoposta a un consulente giudiziario.

IV. 1148. Decozione del mandante o del mandatario : per essa il mandato si estingue: perchè. — 1149. La disposizione dell'art. 2003 (1875) deve anche estendersi al fallimento : applicazioni.

V. 1150 Trascorrimento del termine fissato per la durata del mandato : fa estinguere il mandato , non potendo il contratto sussistere al di là del termine stabilito dalle parti. Ma non vi ha più decadimento (surannation) *del mandato se non in un solo caso.— 1151. Il caso regolato dall'art. 121 (127) del Codice Napoleone, secondo cui la procura lasciata da un assente non ha più effetto dopo dieci anni, non è un caso di decadimento.*

V. 1152. Avveramento della condizione : fa estinguere il mandato condizionale, il quale per altro non si usa che assai di raro nella pratica.

VII. 1153. Esecuzione dell'affare che forma oggetto del mandato : il mandato allora si estingue, poichè l'esecuzione dell'affare dato fa cessare le facoltà del mandatario; applicazioni.

VIII. 1154. Cessazione dei poteri in forza di cui sia stato conferito il mandato: questa causa di estinzione avverasi in tutti i casi in cui il mandante sia mandatario di un primitivo mandante ; è questa un' applicazione della regola : Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. *Sviluppi ed applicazioni.*

IX. 1155. Osservazioni comuni alle diverse cause di estinzione del mandato : distinzione secondo che la fine del mandato sopravvenga o pur no rebus integris. *— 1156. Applicazione dell'articolo 1991 (1863), § 2; la sua disposizione deve estendersi a tutti i casi in cui le cause di estinzione sopravvengano in persona del mandante.*

I. — 1132. Le cause di estinzione del mandato espressamente indicate nell'articolo 2003 (1875), costituiscono altrettante derogazioni alle regole ordinarie dei contratti in generale. Ma queste derogazioni derivano tutte dalla natura medesima del contratto di mandato. Lo stesso non può assolutamente dirsi quanto alle altre cause, le quali, sebbene non enumerate dal legislatore, producono nondimeno la estinzione del mandato. Ciò noi spiegheremo, esaminando successivamente queste cause diverse: però, come abbiamo indicato, lasceremo per ora da canto le due prime, salvo a tornarvi allorchè parleremo degli articoli 2004, 2006 e 2007 (1876, 1878 e 1879). Dobbiamo qui dunque parlare: 1° della morte del mandante o del mandatario; 2° della loro interdizione, o più generalmente del loro mutamento di stato; 3° della decozione e del fallimento; 4° del trascorrimento del termine fissato per la durata del mandato; 5° dello avveramento della condizione nel caso di mandato condizionale; 6° della esecuzione dell'affare che forma oggetto del mandato; e 7° della cessazione dei poteri in forza di cui sia stato conferito il mandato. Presenteremo quindi, per compiere il commento di questo articolo, alcune osservazioni comuni alle diverse cause di estinzione del mandato.

II. — 1133. Ed in prima, gli è naturale che il mandato si estingua per la morte, sia del mandante, sia del mandatario. Se il mandante si reputa fare da sè stesso ciò che fa per mezzo del mandatario che lo rappresenta, la finzione diventa impossibile quando il mandante più non esiste. Nè può legalmente presumersi che i suoi eredi abbiano nel mandatario la stessa fiducia: la confidenza non si tramanda. — D'altro canto, d'ordinario il mandante, nella scelta del mandatario, è determinato dalla conoscenza delle sue qualità personali, della sua esperienza, abilità, probità. Or queste qualità non si trasfondono, non passano necessariamente nella persona degli eredi del mandatario. Gli è dunque proprio della natura stessa del contratto di estinguersi per la morte del mandatario (1).

1134. Il nostro articolo, a tal rispetto, pareggiava la morte civile alla morte naturale; ed è pur troppo evidente che la morte civile dell'una o dell'altra delle parti contraenti, quando esistiva nella nostra legislazione, dovea produrre la estinzione del mandato. Nondimeno era stato deciso dalla Corte di cassazione, che gli emigrati non potessero opporre la rivocazione avvenuta per effetto della loro morte civile dei mandati conferiti prima della loro emigrazione, per chiedere la nullità degli atti consentiti dai loro procuratori (2). Però, come fa osservare Merlin, l'emigrato nella specie poteva riguardarsi non avere mai incorso la morte civile (3); e con ciò spiegasi quella decisione, la quale non intendeva già contravvenire alle disposizioni formali del nostro articolo, ma solo proteggere le transazioni lealmente fatte, negando agli emigrati il dritto di invocare la morte civile che li avea colpiti, per fare annullare gli atti da essi o dai loro procuratori in quel tempo stipulati. — Checchenesia, questa causa di estinzione sussiste anche oggi, dopo essere stata la morte civile abolita colla legge dei 31 maggio 1854 *; ma per altra ragione. Infatti, le pene che producevano prima la morte civile, traggono seco oggi la interdizione legale, la quale, al pari

(1) *Vedi* Pothier (nn. 101 e 103).

(2) Ric., 2 sett. 1807 (S.V., 7, 1, 450; *Coll. nor.*, 2, 1, 430; Dalloz, 7, 1, 450; *Racc. alf.*, 9, 973).

(3) Merlin (*Rep.*, alla parola *Mandato*, § 5, n. 2, *in fine*.

* Essendo stata la morte civile abolita nelle leggi penali del 1819, il nostro articolo non l'ha potuto comprendere tra le cause di estinzione del mandato.

Il novello Codice penale italiano del 1859, esteso con alcune modificazioni alle provincie meridionali, non comprende nemmeno tra le pene criminali la *morte civile*: le pene dei lavori forzati a vita o a tempo traggono seco soltanto la perdità dei dritti politici e la *interdizione patrimoniale o legale*. Laonde possiamo ben dire, che il mandato si estingue anche da noi per effetto delle condanne alle pene criminali prevedute negli art. 20 e 22 del Codice penale, in quantochè queste traggono seco la *interdizione* del condannato.

della interdizione civile di cui più in là parleremo, è una causa di estinzione del mandato.

1135. Vedremo nel commento degli art. 2008, 2009 e 2010 (1880, 1881 e 1882), che, anche dopo la morte del mandante o quella del mandatario, il mandato può ancora, secondo diverse distinzioni, produrre alcuni effetti. Nondimeno, giovi fin da ora avvertirlo, non bisogna da ciò inferire che la morte del mandante o del mandatario non faccia cessare *di pieno dritto* il mandato: la morte dell'una delle parti produce per sè stessa ed *ipso jure* questo effetto, senza bisogno di alcun atto posteriore, o di alcuna notificazione. Certo, la notificazione potrebbe alle volte essere di grandissima importanza: per esempio, se muoja il mandante, la notificazione della morte al mandatario sarebbe la miglior pruova che questi abbia avuto conoscenza di essere cessati i suoi poteri (vedi *infra*. nn. 1172 e seg.). Ma non è indispensabile; ed il mandatario, appena in un modo qualsiasi abbia avuto conoscenza della morte, dovrà immediatamente astenersi da qualunque atto che implichi lo esercizio delle facoltà che sono in lui cessate pel fatto della morte. Tuttavia, potrebbe inferirsi da un motivo inserito in una delle decisioni della Corte di cassazione, che un mandatario possa validamente contrarre, sebbene abbia conosciuto la morte del mandante o la costituzione di un nuovo mandatario, finchè non siagli stata *notificata o denunciata* la rivocazione del mandato o la morte del mandante (1). Ma questa proposizione non può in alcun modo ammettersi, nè nel caso di morte, nè in quello di rivocazione, nè in generale in tutti gli altri casi di estinzione del mandato. La disposizione dell'art. 2008 (1880), che noi quanto prima esamineremo, è generale. In esso è detto che gli atti fatti dal mandatario dopo la estinzione del mandato non sono validi se non quando il mandatario, facendoli, *ignori* le cause per cui sia cessato il mandato: ma come dire che il mandatario le ignori quando in un modo qualunque sia informato della loro esistenza? (2). E la Corte di Parigi ha giustamente annullato un deposito di alimenti fatto, dopo la morte del creditore, dallo usciere che avea proceduto allo arresto del debitore, poichè, atteso le circostanze della causa, non potevasi ammettere che l'usciere avesse ignorato la morte che poneva termine al suo mandato (3).

1136. Solo in un caso speciale, e per applicazione dell'art. 344 (438) del Codice di procedura, potrebbe ammettersi che la morte del mandante non basti ad estinguere il mandato, quando cioè trattisi del mandato dato da una parte al patrocinatore. La notificazione della morte è reputata *allora* necessaria; e in conseguenza si è *deciso* che la domanda di perenzione di una istanza sia valida se fatta con atto intimato al patrocinatore dell'attore primitivo morto, quando la sua morte non sia stata notificata (4); la qual soluzione, per quanto sia prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, non è però generalmente ammessa, esistendo parecchie decisioni profferite in senso contrario (5).

1137. Ma se il mandante o il mandatario sia una persona morale (società, corporazione, comune, provincia, stabilimenti di pubblica utilità, come ospizi, monti di pietà, casse di risparmio ed ospizi di beneficenza, congregazioni religiose e stabilimenti ecclesiastici, come fabbricerie, capitoli, chiese e monasteri), il mandato si

(1) Ric., 8 agosto 1821 (S. V., 22, 1, 111; *Coll. nov.*, 6, 1, 485; 21, 1, 569).

(2) *Vedi* Troplong (nn. 713, 727, 787 e 815)

(3) Parigi, 17 marzo 1826 (S. V., 26, 2, 314; *Coll. nov.*, 8, 2, 213; Dalloz, 2, 62, 239).

(4) Nîmes, 2 febb. 1825; Montpellier, 17 gennaro 1831; Parigi, 25 agosto 1832; Riom, 6 novembre 1817; Caen, 16 aprile 1849 (S.V., 23, 2, 294; 31, 2, 271; 48, 2, 475; 49, 2, 621; Dalloz, 23, 2, 201; 31. 2, 132; 33, 2, 83; 48, 2, 194; 53, 5, 333; J P., 1848, t. I, p. 626; 1850, t. I, p. 119).

(5) *Vedi* Nîmes, 26 aprile 1813; Lyon, 16 maggio 1817; Riom. 30 nov. 1840 (S. V., 16, 2, 122; 41, 2, 73; *Coll. nov.*, 4, 2, 297; 5, 2, 276; Dalloz, *Racc. alf.*, 11, 200; 41, 2, 219).

estingue per lo scioglimento della società o per l'abolizione della corporazione o dello stabilimento pubblico.

Così, il mandato di vendere dato ad una società si estingue per lo scioglimento della società, e non può continuare nella persona del liquidatore (1).

Così pure, i rappresentanti di una corporazione non possono, dopochè sia soppressa, essere ammessi ad intentare un'azione in giudizio (2). E ciò quand' anche siasi tentato con regolamenti amministrativi di ristabilire la corporazione soppressa, poichè tali regolamenti possono avere unicamente effetto per ciò che riguarda la polizia, ma non hanno alcuna efficacia per l' applicazione del dritto innanzi ai tribunali (3). Nondimeno, ciò non toglie agli antichi membri il dritto di domandare il consenso della autorità amministrativa per riunirsi e deliberare sulla liquidazione dei loro debiti, e nominare un rappresentante o sindaco. Dal che se ne inferisce, che le sentenze profferite contro questo rappresentante o sindaco sono obbligatorie per ciascuno dei membri dell'antica corporazione (4).

1138. Quando il mandato sia stato dato da più persone per un affare comune, la morte di uno dei mandanti estingue indubitatamente il mandato per ciò che lo riguarda *. Troplong dice, in termini generali, che quando il mandato è stato conferito da molti per un affare comune, « *la morte di un solo mandante lo fa cessare*: » riferendosene in tutto alle sue osservazioni sul caso di rivocazione (5). D'onde potrebbe inferirsi che, secondo lui, la morte in tal caso estingua il mandato, non solo rispetto al mandante premorto, ma anche rispetto ai sopravviventi. Ma questa soluzione non può così assolutamente ammettersi ; e lo stesso Troplong ce ne dà una pruova evidente, essendosene riferito a quel che dice sul caso della rivocazione. Infatti, siccome non può dirsi che la rivocazione fatta da un solo dei mandanti importi, *ipso iure*, rivocazione per parte di tutti gli altri, così non può nemmeno dirsi , almeno in tesi assoluta, che la morte di uno dei mandanti, sopravvenuta nel corso della esecuzione del mandato, faccia per sè sola cessare le facoltà conferite al mandatario da tutti i mandanti che rappresenta e in nome dei quali agisce : è questa piuttosto una quistione di fatto e di estimazione che dovrà risolversi secondo le circostanze.

Parimente, se invece di più mandanti supponiamo più mandatari costituiti congiuntamente, la morte di uno di essi farà cessare il mandato rispetto a tutti o rispetto al solo mandatario premorto, secondo che risulti dalle circostanze o che il mandante abbia avuto intenzione di affidare l' esecuzione del mandato a tutti i mandatari, perchè agissero di comune accordo , o che abbia voluto dar facoltà a ciascuno di essi di agire separatamente e di intendere a solo alla esecuzione del mandato (6).

1139. La regola che il mandato si estingue per la morte dell'una o dell'altra delle parti contraenti, soffre talune eccezioni, alcune delle quali si riferiscono esclusivamente al caso in cui muoja il mandante, altre riguardano tanto il caso di morte del mandatario, quanto quello di morte del mandante. Di queste dobbiamo ora parlare.

1140. Il mandato conferito, non già nel solo interesse del mandante, ma in quello comune del mandante e del mandatario, o anche del mandante e di un terzo, può ri-

(1) Cass., 11 vendemmiale anno 7, (S.V., 1, 1, 163; *Coll. nov.*, 1, 1, 107; Dalloz, 3, 1, 167; *Racc. alf.*, 12, 99).

(2) Cass., 11 germinale anno 2 (S.V., *Coll. nov.*, 1, 1, 29).

(3) Rig., 18 nov. 1823 (S. V., 24, 1, 219; *Coll. nov.*, 7, 1, 340; Dalloz, 23, 1, 467).

(4) Ric., 7 sett. 1814 (S. V., 15 , 1 , 47; *Coll. nov.*, 4, 1, 610; Dalloz, 14, 1, 517).

* Giudicato in questo senso che « se nello interesse di due persone si dà ad un tale un mandato, ove per una ragione qualsiasi esso venga a riguardo di uno dei due mandanti a dichiararsi di niun effetto, non perde la sua efficacia riguardo all'interesse dell'altro (Corte di Bologna, 28 ottobre 1862, *Legge*, 1863, p. 267).

(5) *Vedi* Troplong (n. 739).

(6) *Vedi* Pothier (n. 102).

guardarsi come se partecipi ad un tempo della natura dei contratti sinallagmatici e della natura del contratto di mandato. In conseguenza, esso allora sussiste anche dopo la morte dell'una o dell'altra parte. Così avviene in ispecial modo del mandato implicitamente contenuto in qualunque elezione di domicilio (1). In una specie in cui una parte, transigendo, aveva eletto domicilio nella sede di una società di commercio, si è sostenuto che, sciolta la società, sia venuta meno la elezione. Ma i giudici, considerando che la elezione fatta in un contratto sopravvive alla morte del contraente, decisero che, nella specie, l'elezione contrattuale, reciprocamente proposta ed accettata come condizione della transazione, non dipendeva dalla persona morale, ma era inerente al luogo, e quindi non avea potuto cessare per lo scioglimento della società (2). — Del resto, quel che noi qui diciamo della morte, deve generalmente intendersi di tutte le cause per cui cessa il contratto di mandato, non essendovene alcuna che colpisca il mandato inerente alla elezione di domicilio. Su ciò fondandosi, la Corte di Bourges ha deciso che la elezione di domicilio per la esecuzione di un atto sia attributiva di giurisdizione al tribunale del domicilio, *anche dopo la dichiarazione di fallimento di una delle parti*, e che i sindaci non abbiano dritto a pretendere di essere citati innanzi al tribunale del domicilio del fallito (3).

1141. Per medesimezza di ragione, la facoltà conferita da un debitore al suo creditore di far procedere alla vendita all'amichevole di un immobile, senza le formalità del pegnoramento immobiliare (clausola di via parata), dovea considerarsi efficace anche dopo la morte, il fallimento o il mutamento di stato delle parti, supposto per altro che la clausola dovesse ammettersi come legale, il che era gravemente contrastato (4). Ma oggi essa è formalmente vietata dall'art. 742 (826) del Codice di procedura, riveduto colla legge del 2 giugno 1841. Tuttavia bisogna notare che il divieto riguarda unicamente la vendita degli immobili, non già quella dei mobili, pei quali la clausola può efficacemente stipularsi; e, quando sia stipulata, il mandato che vi si contiene sopravviverà alla morte del mandante. Adunque possiam dire, colla Corte di Douai, che la facoltà data da un debitore al suo creditore di far vendere egli stesso il ricolto del suo fondo colle forme ordinarie, senza adempiere le formalità del pignoramento mobiliare, nel caso in cui mancherebbe di pagare il suo debito alla scadenza, prelevando sul prezzo della vendita il valore del credito, non cessi per la morte del debitore (5). Ma, per l'incontro, non possiamo approvare un'*altra* decisione della medesima Corte, la quale, in un caso in cui la facoltà era stata parimente data nello interesse del mandatario, ha deciso, al contrario, che il mandato cessava pel *fallimento* del mandante (6). In questo caso speciale, il fallimento, sebbene, per principio sia una causa di estinzione (*infra*, n. 1149), non può, come la morte, esser di ostacolo alla continuazione ed esecuzione del mandato.

Se invece della morte del mandante (il debitore), supponiamo, nel medesimo caso, la morte del mandatario (il creditore), il mandato non sarebbe nemmeno rivocato: dicasi il medesimo del caso di fallimento, potendo i sindaci esercitare il mandato o valersi della facoltà invece del mandatario fallito (7).

(1) *Vedi* Demolombe (t. I, n. 375); Aubry e Rau (3ª ediz., t. I, p. 527, e note 19 e seg.).

(2) Bordeaux, 21 luglio 1834 (S. V., 34, 2, 530; Dalloz, 34, 2, 226).

(3) Bourges, 6 marzo 1840 (S. V., 40, 2, 269; Dalloz, 40, 2, 208).

(4) Bordeaux, 12 e 19 agosto 1831 (S. V., 32, 2, 199; Dalloz, 31, 2, 239).

(5) Douai, 22 dicembre 1848 (S. V., 50, 2, 161; Dalloz, 51, 5, 352). — *Vedi* pure Duranton (t. XVIII, n. 284); Aubry e Rau (t. III, p. 474, nota 10); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 445); Troplong (nn. 718 e 737).

(6) Douai, 20 febb. 1847 (S. V., 48, 2, 180; Dalloz, 48, 2, 93; J. P., 1848, t. II, p. 95).

(7) Bordeaux, 23 nov. e 23 dic. 1831 (S. V., 32, 2, 199; Dalloz, 33, 2, 29).

1142. Infine, quando si indica un terzo per ricevere un pagamento, come *adjectus solutionis gratia*, il mandato di lui non cesserà per una causa di estinzione sopravvenuta in persona del mandante, (il debitore nella specie); al contrario, gli è ben naturale che debba cessare per una causa di estinzione sopravvenuta in persona del mandatario, cioè dell' *adjectus* (1).

1143. Quanto al mandato dato sotto forma di *prestanome*, bisogna distinguere. In tal caso, come già dicemmo, dovranno tra le parti osservarsi le regole proprie del contratto (*sopra*, nn. 1078 e seg.). Il mandato cessa dunque per le medesime cause per cui cessa quello esplicitamente e direttamente conferito, salvo convenzione contraria. Ma non così rispetto ai terzi, almeno rispetto a quelli i quali, stando all'apparenza, abbiano riguardato il prestanome come il vero padrone dell' affare. Però noi non ci spingeremo a dire, come Troplong, che il mandato sussista dopo la morte del mandante, *anche rispetto* ai terzi che han conosciuto essere apparente la qualità di prestanome (2). Rispetto a costoro, il prestanome non può avere certamente altre facoltà che quelle di un mandatario, le quali facoltà cessano colla morte del mandante. Così ha giudicato la Corte di cassazione, e con molta giustezza, in una specie da noi già sopra citata (n. 1080). Ma rispetto a coloro che nulla han conosciuto, la tesi di Troplong è esattissima, e quindi a ragione può dirsi che il mandato nascosto sotto la qualificazione di prestanome sussista dopo la morte del mandante.

1144. Il mandato sopravvive anche alla morte del mandante, nel senso che il mandatario è tenuto a continuare e terminare l' affare che trovavasi già incominciato, se dal ritardo possa derivarne pericolo. Così dispone formalmente l' art. 1991 (1863), § 2; ma noi non ritorneremo su questo punto, avendone già sopra parlato (n. 973).

1145. Infine, poichè il legislatore, facendo produrre un effetto revocatorio alla morte del mandante, non ha fatto che interpretare la volontà presunta delle parti, ne segue che il mandato dovrà sussistere, non ostante la morte del mandante, semprechè rilevisi chiaramente essere stata intenzione delle parti di doversi quello eseguire dopo la morte. La quale intenzione, o può manifestarsi con una convenzione espressa e formale, o può anche indursi dalla natura stessa dello affare, come se per esempio non possa questo eseguirsi o compiersi se non dopo la morte del mandante. Tra i mandati che debbono per la loro medesima natura sopravvivere alla morte del mandante, si cita d' ordinario quello di erigere un monumento alla memoria di quest'ultimo, di comprare un immobile pei suoi eredi, ed anche quello dato agli esecutori testamentari (3). Applicando questo principio, la Corte di Parigi ha dichiarato valido, non ostante la morte del mandante, il mandato di pubblicare, dopo la sua morte, alcuni scritti a lui appartenenti (4); e la Corte di cassazione ha similmente giudicato, che il mandato di vendere alcuni immobili, per rimborsare col prezzo il mandatario delle sue anticipazioni, debba sussistere fino alla intera liberazione del mandante, e quindi non si estingua per la morte di quest'ultimo (5) *.

Del resto, noi non ammetteremo punto la restrizione proposta da Troplong, sull' autorità di Straccha e di Casaregis, i quali

(1) *Conf.* Duranton (t. XVIII, n. 284); Aubry e Rau (t. III, p. 474, nota 10).

(2) *Vedi* Troplong (n. 738).

(3) *Vedi* Pothier (n. 108); Duranton (t. XVIII, n. 283); Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 445); Troplong (n. 728); Aubry e Rau (t. III, p. 474, nota 8)

(4) Parigi, 10 dic. 1850 (S. V., 50, 2, 625; Dalloz, 51, 2, 1).

(5) Ric., 22 maggio 1860 (S. V., 60, 1, 721; Dalloz, 60, 1, 449; J. P., 1861, p. 467).

* Il mandato, in cui propriamente si risolve l'incarico dato al confessore, non cessa con la morte del mandante, se per l' indole delle circostanze debba appunto dopo la di lui morte avere la sua esecuzione (Cassazione di Milano, 17 luglio 1863, *Legge*, 1863, p. 966).

insegnano che il mandato fatto per durare dopo la morte si estingua se l'erede del mandante morto sia minore (1). La ragione datane da questi scrittori, cioè che il mandante, di maggiore ch'egli era, sia divenuto minore, e che quindi il mandato si annulli pel mutamento di stato, non ci sembra gran fatto solida. Comunque si fosse, la minore età degli eredi non potrebbe annullare il dritto del mandante, che ha voluto far sopravvivere il mandato alla sua morte: e questa volontà deve essere rispettata. Nè crediamo potersi porre altro limite alla facoltà del mandante di disporre in tal modo, se non quello che risulta dalle regole sulla quota disponibile, nel caso in cui per la esecuzione del mandato possa essere assottigliata la riserva.

1146. E qui potrebbe elevarsi la quistione, se la libertà di derogare alla regola che fa estinguere il mandato per la morte del mandante esista in materia di deposito, e se la disposizione dell'art. 1939 (1814), § 1, secondo cui in caso di morte del deponente, la cosa depositata non può restituirsi se non al suo erede, debba intendersi nel senso che la restituzione debba farsi all'erede, quand'anche il deponente abbia indicato un terzo a cui dopo la sua morte debba essere restituito l'oggetto del deposito. Ma tal quistione è stata da noi esaminata nel nostro commentario *Del Deposito* (*sopra*, nn. 481 e 482); e, senza immorarvi più oltre, veniamo ora alle altre cause di estinzione del mandato.

III.—1147. Il mandato si estingue pure pel mutamento di stato avvenuto in persona del mandante o del mandatario. L'art. 2003 (1875) parla solo della interdizione in termini espressi; ma nessuno dubita che la sua disposizione debba, per identità di ragione, estendersi a qualunque altro cangiamento di stato che, come la interdizione, renda incapace di obbligarsi, e quindi di conferire o accettare un mandato (2).

Per altro, come ben si comprende, se il mutamento di stato sopravviene in persona del mandante, il mandato non ne sarà annullato se non per quei medesimi dritti di cui il mandante perde l'esercizio. Per esempio, il mandato dato da una donna, che quindi si mariti, cessa per quegli atti che ella non potrebbe fare senza autorizzazione; ma continua e sussiste per tutti quegli atti che ella potrebbe direttamente fare, a norma delle stipulazioni del suo contratto di matrimonio. Così pure, se il mandante che avea piena ed intera capacità quando costituiva un mandatario, sia quindi sottoposto ad un consulente giudiziario, il mandato cesserà unicamente per gli atti ch'ei non potrebbe fare da solo nella sua nuova condizione.

Ma se il mutamento di stato sopravvenga in persona del mandatario, non potrà farsi la medesima distinzione, almeno non in tutti i casi. Così, il mandato conferito ad una donna cessa pel matrimonio della *mandataria*, qualunque sia l'oggetto *del mandato*. Ma può dirsi lo stesso del mandato dato ad una persona che per la sua prodigalità sia quindi sottoposta ad un consulente giudiziario? Gli scrittori generalmente opinano che sì. Ma questa soluzione non ci sembra molto esatta, avvegnachè non troviamo un testo da cui possa inferirsi che la nomina di un consulente giudiziario renda il prodigo incapace di obbligarsi accettando un mandato.

IV. — 1148. L'ultima causa di estinzione del mandato, enumerata nello articolo 2003 (1875), è la decozione. Questa causa dipende pure dalla natura stessa del contratto; e secondo la disposizione della legge, lo avvenimento fa cessare il mandato, sia che avvenga in persona del mandante, o in persona del mandatario. Però, la decozione del *mandatario* si comprende meglio come causa estintiva, avvegnachè sia ben naturale che,

(1) *Vedi* Troplong (n. 734).

(2) *Vedi* Pothier (n. 111); Delvincourt (t. III, p. 246, nelle note); Duranton (t. XVIII, nn. 285; e 286) Aubry e Rau (t. III, p. 474, nota 12).

a causa del cattivo andamento dei di lui affari, venga meno la confidenza che avea determinato la scelta del mandante.

1149. Del resto, ciò che l'art. 2003 (1875) dice espressamente per la sola decozione, devesi estendere al fallimento, il quale quindi, come quella, fa cessare il mandato. Infatti, il fallimento altro non è che la decozione dei negozianti, accompagnata anzi da circostanze aggravanti. Per altro, non potrebbe comprendersi come mai possa continuare il mandato non ostante il fallimento del mandante, quando costui viene spossessato di tutto; e per ciò appunto abbiamo noi detto (*sopra*, n. 962), essere nullo il mandato consentito da un fallito dopo la sentenza che dichiara il suo fallimento, il che non possiamo certamente dire del mandato conferito da un debitore non commerciante in istato di decozione.

La giurisprudenza ha pure riconosciuto che il mandato estinguesi pel fallimento.

Questo principio vedemmo testè consacrato, e forse con una certa esagerazione, dalla Corte di Douai, la quale ha deciso che il fallimento del mandante estingue il mandato, quand' anche dato nello interesse del mandatario, senza badare che, partecipando allora della natura delle convenzioni sinallagmatiche, non può in generale cessare per il fatto o per la volontà di una sola delle parti (vedi *sopra*, n. 1141).

La Corte di cassazione lo ha pure ammesso in una specie in cui agitavasi la quistione, nuova allora, se, avendo il mandatario fatto alcuni atti *dopochè il mandato sia cessato pel suo fallimento*, possa chiederne la nullità dato il caso che egli stesso sia in seguito divenuto erede del mandante. E la Corte, pronunciandosi a ragione per la negativa su tal quistione, che per altro può farsi non solo nel caso di fallimento del mandatario, ma in occasione di qualunque altra causa per cui estinguesi il mandato, dichiarò espressamente, fondandosi sul testo dell'art. 2003 (1875), che il mandato si estingue pel fallimento del mandatario (1).

Tali sono, secondo il nostro art. 2003 (1875) (aggiugendovi la rivocazione e la rinuncia, di cui parleremo nel commentario degli articoli seguenti), le cause di estinzione che dipendono dalla natura stessa del contratto. Ma il mandato cessa pure per altre cause, che scaturiscono dai principi ordinari sui contratti in generale, delle quali però non si fa cenno nell'art. 2003 (1874). Di queste conviene ora parlare.

V. — 1150. Ed in prima, egli è evidente che il mandato non potrebbe prolungarsi al di là del termine tra le parti stabilito. Il mandato cessa dunque pel trascorrimento del termine fissato per la sua durata.

Ma quando non siasi stabilito alcun termine, il mandato non cesserà pel solo trascorrer del tempo. « Quando io non ho prefisso alcun termine, nè posta alcuna condizione alla durata della mia procura, questa, come dice Pothier, dura *in perpetuum*, cioè finchè io vivo o la revoco. Alcuni pratici ignoranti pretendono che debba in tal caso rinnovarsi ad ogni anno la procura; ma è questo un errore che non merita neppure di essere confutato (2). »

Nondimeno, nel nostro antico dritto, il mandato in alcuni casi eccezionali estinguevasi pel solo trascorrer del tempo: e dicevansi questi casi di decadimento (*surannation*). D'onde appunto i notari, o i pratici di cui parla Pothier, eransi indotti, affin di impedire la estinzione, ad inserire spesso nell'atto, anche quando non era necessaria, la clausola che la procura durerebbe *non ostante il decadimento*.

Le nostre leggi presenti hanno pure il loro caso di *decadimento*, unico per quanto noi ne sappiamo, ed è quello stabilito nell'art. 4 dell'ordinanza del 1° maggio 1816, secondo il quale le procure per esigere le

(1) *Vedi* Cass., 21 agosto 1847 (S. V., 48, 1, 33; Dalloz, 47, 1, 329; J. P., 1847, t. II, p. 731). *Junge*: Troplong (n. 736); Delamarre e le Poitvin (n. 430); Massè (*Dritto commerciale*, t. III, n. 252; 2ª ediz., n. 1193); Mourlon (t. III, p. 448).

(2) *Vedi* Pothier (n. 35).

annualità delle rendite e pensioni sullo Stato sono valide per dieci anni soltanto.

1151. Il caso regolato dall'articolo 121 (127) del Codice Napoleone, secondo cui gli eredi presuntivi dell'assente *che ha lasciato una procura* possono, *dopo il corso di anni dieci compiti*, promuovere l'istanza per la dichiarazione di assenza e per la provvisionale immessione in possesso, non costituisce un altro caso di decadimento. Ma può più veramente riguardarsi come una causa di estinzione del mandato, che bisogna aggiungere a quelle di cui parliamo: però, la circostanza di avere l'assente lasciato una procura generale ha per effetto di ritardare per dieci anni la provvisionale immessione in possesso che estingue il mandato e fa cessare gli effetti della procura. Del resto, la semplice presunzione di assenza, a differenza della immessione nel possesso, non basterebbe per produrre la estinzione del mandato (1).

VI. — 1152. Lo avveramento della condizione è pure una causa di estinzione del mandato. In tal caso non vi sarebbe ragione per non far produrre alla condizione i suoi effetti ordinari; e quindi non dovrà il mandato sussistere dopo avverata la condizione a cui era subordinato. Ma ciò per altro non è di grande interesse pratico, poichè assai di raro si fanno mandati condizionali.

VII. — 1153. Le facoltà del mandatario cessano tostochè l'oggetto del mandato sia eseguito: dunque il mandato si estingue pure per la esecuzione dello affare che ne forma l'oggetto. — Un mandatario avea avuto l'incarico di permutare un terreno, indicato nella procura, con una proprietà appartenente ad un terzo, parimente indicata. La permuta fu fatta; ma non andò guari che il mandatario ed il terzo, tornando sulla convenzione, annullarono l'atto che la conteneva e sostituirono al terreno indicato un altro immobile che non apparteneva al mandante. Spossessato più tardi dal vero proprietario, il terzo chiama in garenzia il mandante, il quale alla sua volta mette in causa il suo mandatario. In questa condizione, ben si comprende quali fossero le rispettive pretensioni delle parti. Da un canto, il terzo evitto sosteneva che il mandante dovesse rispondere del fatto del suo mandatario. Il mandante, da canto suo, rispondeva potere egli essere soltanto obbligato per effetto del contratto primitivamente conchiuso dal suo mandatario; che dopo questo contratto, il mandatario non aveva più facoltà, nè poteva quindi stipulare un altro contratto, obbligando lui come mandante; che quindi l'azione spinta dal terzo in virtù di questo nuovo contratto non aveva alcun fondamento. Quest'ultima pretensione dovea senza dubbio prevalere, e la Corte di Bourges giustamente decise che, eseguito l'oggetto del mandato, il mandatario non avea potuto, d'accordo col terzo, annullare l'operazione conchiusa per sostituirvene un'altra; che egli a tal uopo non aveva più facoltà; e che quindi il terzo, il *quale*, *in* conseguenza della nuova operazione, avea sofferto un danno, non poteva rivolgersi nè contro il mandante (art. 1998 (1870)), nè contro il mandatario, di cui avea conosciuto le facoltà (art. 1997 (1869); *sopra*, n. 1057) (2).

Si avverta però, che nella specie concorreva questa circostanza particolare, che il terzo avea agito con conoscenza di causa e d'accordo col mandatario. Che se per contro, eseguito l'affare, il mandatario tratti con un terzo di buona fede, abusando della sua procura, il mandante sarebbe obbligato, quantunque l'atto sia conchiuso dopo cessato il mandato. Ciò per applicazione del principio generale dell'art. 2009 (1881), di cui più innanzi parleremo.

VIII. — 1154. Infine, l'ultima causa di estinzione di cui qui dobbiamo parlare risulta dalla cessazione dei poteri in forza di cui sia stato conferito il mandato. Questa causa di estinzione avverasi in tutti i casi

(1) Parigi, 25 nov. 1811 (S.V., *Coll. nov.*, 3, 2, 580).
(2) Bourges, 19 luglio 1831 (S. V., 33, 2, 384; Dalloz, 33, 2, 48).

in cui il mandante sia mandatario di un primitivo mandante, ed è l'applicazione della regola generale: *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

Così, Paolo ha ricevuto un mandato da Giuseppe, e, usando della facoltà di sostituire di cui abbiamo parlato nel commentario dello art. 1994 (1866) (*sopra*, nn. 1016 e seg.), incarica Giacomo di eseguire in tutto o in parte il mandato: in questa ipotesi, gli è evidente che il mandato conferito a Giacomo, mandatario sostituito, cesserà in prima per effetto della morte: del mutamento di stato, della decozione di Giuseppe, mandante primitivo; perciocchè cessando per tali cause le facoltà di Paolo, mandatario diretto, devono per ciò stesso cessare quelle di Giacomo, mandatario sostituito.

Lo stesso dicasi della rivocazione della procura del mandatario diretto per parte del mandante. Nondimeno bisogna eccettuarne un caso. Per esempio, nella specie proposta, se il primitivo mandante revochi il mandato conferito a Paolo, la rivocazione avrà per effetto, come regola generale, di far cessare la delegazione di quest'ultimo fatta al mandatario sostituito. Ma non potrebbe ciò dirsi se fosse provato che il mandante primitivo, conoscendo ed approvando la sostituzione, abbia accettato il sostituito per suo proprio mandatario. In tal caso la rivocazione delle facoltà del sostituente non colpirebbe il mandato conferito al sostituito.

Ma che ne sarà se le cause di estinzione avvengano in persona del mandatario che ha fatto la sostituzione, anzichè in quella del primitivo mandante? La quistione risolvesi con una distinzione indicata da Pothier. Quando un procuratore, egli dice, ha sostituito un terzo per la esecuzione di un affare di cui erasi incaricato, il mandato del sostituito cessa e si estingue per la morte di colui che lo ha sostituito (o per le altre cause di estinzione), poichè dovendo render conto della esecuzione del suo sostituito, questi ha agito per lui ed in sua vece: egli è il mandante rispetto al sostituito. Non così però se il sostituito sia stato incaricato sulla indicazione del primitivo mandante; allora infatti, non essendo il sostituito scelto dal procuratore, ma dal mandante, si reputa che questi l'abbia direttamente nominato per suo mandatario, e quindi il mandato del sostituito non si estingue per le cause di estinzione sopravvenute in persona del sostituente (1). Il che importa, che le cause di estinzione sopravvenute nella persona del mandatario che ha fatto la sostituzione estinguono parimente il mandato del sostituito, tranne che il primitivo mandante abbia espressamente indicata la persona del sostituito o abbia resa propria la scelta fatta dal suo mandatario. Segue da ciò, che il mandato dato da un marito per l'amministrazione dei beni della moglie si estingue quando il marito cessa di averne l'amministrazione, tranne che il mandatario del marito non sia stato pure costituito mandatario dalla moglie debitamente autorizzata, il che avviene assai di raro. — Il mandato conferito da un tutore cessa sempre al finir della tutela, non potendo mai supporsi che il minore e l'interdetto abbiano fatta propria la scelta del tutore, poichè, incapaci di fare qualunque atto giuridico, sono per conseguenza incapaci di scegliere un mandatario (2).

IX. — 1155. Chiuderemo il commento di questo articolo con due osservazioni comuni alle diverse cause di estinzione del mandato. L'una è generale, ed è che bisogna distinguere se il mandatario abbia fatto qualche cosa prima che sopravvenga la causa di estinzione, o se l'affare non sia stato ancora incominciato. In quest'ultimo caso, il mandato non ha alcuna esistenza, e si ritiene come se non fosse stato conferito. Ma se si estingue dopochè le cose non siano più integre, il mandato cessa soltanto per l'avvenire, e sussiste pel passato.

1156. L'altra osservazione riguarda spe-

(1) Pothier (n. 103).
(2) Pothier (nn. 104 e 112). — *Vedi* pure Troplong (n. 756).

cialmente i casi in cui le cause di estinzione sopravvengano in persona del mandante: il mandatario deve, non ostante la estinzione del mandato, fare tutto ciò che sia necessario onde compiere l'affare incominciato, se dal ritardo possa derivarne pericolo. In altri termini, la disposizione dell'art. 1991 (1863), § 2 (*sopra*, n. 973), in cui è preveduto soltanto il caso di *morte del mandante*, deve estendersi a tutti gli altri casi. Nè ciò solo : astrazion fatta da qualunque idea di pericolo nel ritardo , il mandatario può e deve anzi eseguire tutto ciò che sia una conseguenza necessaria dell'affare incominciato , per esempio consegnare ciò che ha venduto, rimettere al mandante quel che ha ricevuto per lui, ecc. Non ci intratterremo ad indicare le ragioni per cui questa regola debba applicarsi a tutte le cause di estinzione di cui in questo articolo abbiamo parlato, avvegnachè si comprendano di leggieri , e si comprendano anche meglio nel caso di rinuncia di cui parleremo sotto l'art. 2007 (1879). Infine, anche nel caso in cui il mandato cessi per la rivocazione della procura (*infra*, art. 2004 (1876) e seg.), l'equità non permetterebbe di dire altrimenti (1) : nondimeno, in quest'ultimo caso, si potrà essere meno severi nell'estimazione della colpa commessa dal mandatario che manchi a quest'obbligo.

2004 (1876).—Il mandante può, quando vuole, rivocar la procura , e costringere , se vi è luogo, il mandatario a restituirgli o la scrittura privata in cui è contenuta , o l'originale della procura, se fu conservata in tal forma, o la copia, se è stata conservata la minuta.

2005 (1877). — La revocazione della procura notificata soltanto al mandatario non può opporsi a' terzi, i quali, *ignorando* la revocazione , abbiano trattato con lui ; salvo al mandante il regresso contra il mandatario.

2006 (1878). — La costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la revocazione del primo, *dal giorno* in cui si è a questo notificata.

SOMMARIO.

I. 1157. Della estinzione del mandato per la rivocazione. Il mandante può rivocare la procura quando vuole , e senz'altra ragione che la sua sola volontà; motivi. — 1158. Se il mandato sia costituito da più mandanti , il dritto di rivocazione appartiene a ciascuno di essi individualmente.—1159. Nondimeno, il dritto di rivocazione va soggetto a talune eccezioni: infatti, alcuni mandati sono irrevocabili; rimando;— 1160. Come pure la rivocazione può dar luogo a danni ed interessi in favore del mandatario rivocato senza motivi.

II. 1161. Forma della rivocazione : può essere tacita od espressa. L'articolo 2006 (1878), disponendo che la costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la revocazione del primo , non fa che dare un esempio di revocazione tacita : esso dunque non deve intendersi in senso ristretto ; e per altro, la costituzione di un nuovo procuratore non produce sempre la revocazione del primo.

III. 1162. La rivocazione per mezzo della costituzione di un nuovo procuratore non ha effetto, secondo l'articolo 2006 (1878), se non dal giorno in cui sia stata notificata : nondimeno, la notificazione non è indispensabile, bastando che il mandatario abbia in un modo qualunque conoscenza della rivocazione. Quali gli effetti della rivocazione rispetto ai terzi (art. 2005

(1) Vedi intanto Troplong (nn. 384 e 717); Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 42, nota 4).

(1877)) ? Rimando.—1163. Se il mandato sia stato fatto con un atto scritto, il mandante può costringere il mandatario a restituirgli, sia la scrittura privata che lo contiene, sia l'originale, sia la copia della procura (art. 2004 (1876)). Sviluppi.

I.—1157. La libera facoltà data al mandante di revocare la procura è contraria ai principî ordinarî sui contratti, i quali, conchiusi col concorso di due volontà, non possono essere annullati per volere di un solo. Ma questa facoltà è fondata sulla natura stessa del contratto. Il mandato suppone, da una mano, la confidenza del mandante, dall'altra, il desiderio di rendere un servigio, desiderio più o meno puro secondo che il mandato sia gratuito o salariato, ma che nondimeno trovasi sempre in fondo a qualunque mandato. Or la confidenza può venir meno, nè si può rendere un servigio malgrado colui che lo riceve. Era quindi naturale che si dèsse al mandante il dritto, per così dire assoluto, di rivocare il mandato; e in conseguenza l'art. 2004 (1876) ha disposto che il mandante può rivocare la procura *quando vuole*, cioè in qualunque momento, senza motivi, senza spiegarsi, per puro capriccio.

1158. Questo dritto di rivocazione può esercitarsi, tanto se il mandato sia stato conferito *in perpetuum*, quanto se per un tempo determinato; tanto se il contratto sia stipulato tra un solo mandante e un solo mandatario, quanto se sia costituito da più mandanti: però, in quest'ultimo caso, il dritto di rivocazione appartiene individualmente a ciascuno dei mandanti e rispetto a ciascuno dei mandatarî. Tuttavia, dal principio che la revocazione debba comunemente farsi dalla persona stessa che ha costituito il mandato, se n'è preteso inferire che, nel caso di costituzione fatta da più mandanti per un affare comune, la revocazione non sia efficace se non a condizione di essere fatta da tutti. Ma è questa un'esagerazione: ciascuno dei mandanti deve considerarsi come se abbia dato al mandatario facoltà particolari (1); ed in tale condizione sarebbe tanto ingiusto richiedere il concorso di tutti perchè un solo possa revocare la sua procura, quanto sarebbe sragionevole pretendere che la revocazione fatta da un solo produca la revocazione per parte di tutti (*vedi sopra*, n. 1138).

1159. Ma, per quanto possa sembrare assoluto, il dritto di revocazione va in alcuni casi limitato. Gli stessi motivi su cui esso è fondato dimostrano come non possa esercitarsi se non nel caso in cui il mandato sia costituito nello interesse esclusivo del mandante. Se dato nello interesse del mandatario o di un terzo, siccome allora partecipa del contratto sinallagmatico, non potrà essere revocato per la sola volontà del mandante; ma deve necessariamente concorrervi il consenso delle due parti contraenti (2). La Corte di Bordeaux ha giudicato, in quest'ordine di idee, che la convenzione con cui una delle parti si incarica di ricuperare una eredità all'altra pervenuta, e di anticipare le spese necessarie, senza dritto a ripeterle, anche nel caso di non riuscita, a condizione però di dividerne l'utile, non è già un semplice mandato che può a piacere rivocarsi, ma una vera convenzione sinallagmatica, che non può essere revocata se non col reciproco consenso delle parti o per le altre cause dalla legge permesse (3). Ma questa decisione, esatta nella specie, non bisogna estenderla generalmente.—Ed infatti, in moltissimi casi, i tribunali, avuto riguardo alle circostanze, hanno veduto nelle convenzioni di questo genere un mandato salariato, revocabile a

(1) *Vedi* specialmente Troplong (n. 119); Dalloz (n. 429); Boileux (t. VI, p. 611).

(2) Bruxelles, 22 giugno 1820 (S. V., *Coll. nov*, 6, 2, 275).

(3) Bordeaux, 7 luglio 1837 (S. V., 37, 2, 452; Dalloz, 27, 2, 170).

piacere, ed hanno anzi usato del dritto che loro compete, come sopra dicemmo (n. 1109), di ridurne la mercede (1).

Checchenesia, egli è sempre certo, in principio, che il mandato, ove non sia costituito nello esclusivo interesse del mandante, ma sia piuttosto la condizione o la conseguenza di una convenzione sinallagmatica, non è rivocabile, o almeno non può rivocarsi per la sola volontà del mandante. A questo proposito possiamo applicare quel che sopra dicemmo del mandato dato da un debitore al suo creditore ad oggetto di far procedere alla vendita dei suoi beni (*sopra*, n. 1141), avvertendo tuttavia che, non ostante la irrevocabilità del mandato, dovrebbero in tal caso rispettarsi i dritti reali acquistati dai terzi (2). Possiamo anche qui applicare quel che dicemmo del mandato conferito all'*adjectus solutionis* (*sopra*, n. 1142); del mandato dato ad uno dei soci coll'atto stesso di società (Cod. Nap., art. 1856 (1728), § 2); e del mandato dato al marito nel contratto di matrimonio, il quale è irrevocabile come qualunque altra convenzione matrimoniale (3).—Il mandato inerente alla elezione di domicilio è parimente irrevocabile (*sopra* n. 1140), in quanto che la elezione del domicilio deve sempre conservarsi nel medesimo luogo; ma può revocarsi, nel senso che colui che l'ha fatta può indicare, nel medesimo luogo, una persona diversa da quella presso cui il domicilio era stato primamente eletto.

1160. Quanto al mandato salariato, devesi fare un'altra restrizione, la quale non colpisce il dritto di revocazione per sè stesso, ma ne limita lo esercizio in persona del mandante. La stipulazione di una mercede, noi già l'abbiamo detto, non toglie al contratto il suo carattere di mandato; sicchè, anche quando si è stipulata, il mandante sarà libero di revocare la procura, se lo stimi opportuno: nondimeno, egli allora potrebbe esser tenuto ad indennizzare il mandatario revocato. Ciò non sarebbe dubbio se, nel costituire il mandato, prevedendo il caso della revocazione, abbiano le parti convenuto che il mandante non userebbe del suo dritto se non pagando al mandatario tutto il danno che potrebbe soffrire per cagion della revocazione. Ma v'ha dippiù: quand'anche nulla siasi detto nel contratto, i giudici potrebbero supporre una tale convenzione, riguardandola, a seconda delle circostanze, come se fosse tacitamente stabilita tra le parti. (4). Quindi, come è stato ritenuto da una costante giurisprudenza, l'agente di una compagnia di assicurazione, congedato d'improvviso e senza alcuna buona ragione, ha dritto a pretendere una indennità pel danno cagionatogli da tale revocazione (5). E per *medesimezza* di ragione, la giurisprudenza ha pure costantemente dichiarato competere ai commessi od impiegati, locatori d'opera, il dritto di oppugnare in giudizio la gravezza dei motivi di revocazione, ed ottenere danni ed interessi, se quelli siano riconosciuti irragionevoli (6).

II. — 1161. Premesse queste osservazioni intorno al dritto di revocazione in sè stesso, parleremo ora del modo come debba il mandante manifestare la sua volontà sul proposito.

Sarebbe superfluo dire che a tal rispetto non vi ha rigorismo di forme: la revocazione può essere espressa, cioè fatta diret-

(1) *Vedi* Ric., 6 marzo 1827, 31 genn. 1843, 7 febb. e 18 aprile 1855 (S. V., 27, 1, 169; 43, 1, 125; 55, 1, 527; Dalloz, 27, 1, 162; 43, 1, 298; 55, 1, 206; J. P., 1855, t. II, p. 515).

(2) Bordeaux, 13 febb. 1832 (S. V., 32, 2, 311; Dalloz, 32, 2, 126).

(3) Nîmes, 2 maggio 1807 (S. V., 7, 2, 657 — *Coll. nov.*, 2, 2, 258; Dalloz, *Racc. alf.*, t. X, p. 173).

(4) Ric., 6 marzo 1827 (S. V., 27, 1, 169; *Coll. nov*, 8, 1, 541; Dalloz, 27, 1, 162).

(5) Colmar, 31 luglio 1856; Ric., 8 aprile 1857; Rouen, 9 febb. 1859; Nancy, 23 giugno 1860 (S. V., 57, 2, 138; 57, 1, 835; 61, 2, 165; Dalloz, 56, 2, 365; 58, 1, 134; 61, 2, 53; J. P., 1856, t. II, p. 170; 1858, p. 473; 1861, p. 923).

(6) Parigi, 12 febb. e 10 marzo 1858; Rig., 8 febb. 1859, 25 giugno 1860 (S. V., 59, 2, 381; 59, 1, 102; 60, 1, 858; Dalloz, 59, 1, 57; 60, 1, 286; J. P., 1859, p. 385; 1860, p. 814).

tamente dal mandante il quale dichiari senz' altro al mandatario di ritogliergli le facoltà conferitegli; può essere anche tacita, cioè manifestata con atti o fatti da cui si induca la volontà del mandante di revocare la procura. L' art. 2006 (1878) ci porge un esempio di revocazione tacita, esempio citato da Pothier (1), che anch'egli lo aveva preso da Ulpiano : « Julianus ait : eum qui « dedit diversis temporibus procuratores « duos, posteriorem dando priorem prohi- « buisse videri » (l. 31 , § 2 . Dig. *De Procur. et Def.*); l' art. 2006 (1878) dice parimente che « la costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la revocazione del primo... » Nondimeno, giovi ripeterlo, è questo un esempio di revocazione tacita : i giudici possono indurre la revocazione da qualunque altra circostanza capace di far presumere mutata la volontà del mandante (2).

Ma, in qualunque ipotesi, il cangiamento di volontà deve risultare chiaramente dall'atto di revocazione. Ciò potrà facilmente riconoscersi nel caso di revocazione espressa. Ma non così quando trattisi di valutare atti da cui quella può indursi.

Così, prendendo l'esempio stesso datoci dalla legge, gli è certo che la costituzione di un nuovo procuratore non dovrà sempre e necessariamente far supporre la revocazione del primo. Se questa revocazione , come giustamente osserva Pothier, è fondata sulla presunzione della volontà del mandante, gli è evidente che non potrà più ammettersi se per circostanze speciali debba presumersi il contrario, come se, per esempio, risulti essere stata intenzione del mandante incaricare due mandatari dello stesso affare , perchè fosse eseguito dall' uno o dall'altro (3). Ma che vuolsi adunque onde la costituzione di un nuovo procuratore produca la revocazione del primo, siccome è detto nell' art. 2006 (1878)? Bisogna necessariamente che vi sia incompatibilità tra i due mandati, e che il secondo sia la negazione del primo *. In conseguenza può ben dirsi, che un mandato espresso, consentito dopo un primo mandato espresso pel medesimo affare , implica la revocazione, se nulla indichi la intenzione del mandante di aggiungere un secondo mandatario al primo; — che un mandato concepito in termini generali , fatto dopo un precedente mandato concepito pure in termini generali, produce la revocazione, se non risulti che sia stata intenzione del mandante attribuire congiuntamente l' amministrazione ai due mandatari successivamente costituiti:—che il mandato espresso revoca *parte in qua*, cioè per l'affare cui specialmente si riferisce, il mandato concepito in termini generali, ossia mandato di amministrare, ma che per contro il mandato concepito in termini generali non revoca , almeno in generale, il mandato espresso precedentemente costituito (4) ; — che il mandato di liquidare una società non revoca un mandato anteriore dato ad oggetto di vendere gli immobili della società stessa (5);—che quando un debitore ha incaricato il suo creditore di vendere i suoi immobili, sia senza formalità giudiziarie, sia per mezzo della espropriazione forzata, la revocazione del mandato per la prima parte , non produce la revocazione quanto alla seconda (6); — che il mandato di amministrare non sia revocato, ma sospeso momentaneamente, se il mandante riprenda per qualche tempo l' amministrazione dei suoi beni (7).

Da ultimo notiamo, che l'effetto revocatorio della costituzione di un nuovo mandatario, quando deve prodursi, è assolutamente indipendente dalla validità o nullità del secondo mandato Anche quando questo sia nullo , o perchè dato ad una persona

(1) Pothier (n. 114).
(2) Pothier (nn. 118 e seg.).
(3) Pothier (n. 116).
* Giudicato che « un secondo mandato di cui manchi l'oggetto e che sia impossibile ad eseguirsi, non revoca il primo. » (Corte Suprema di Napoli 11 giugno 1829).

(4) Pothier (n. 115).
(5) Cass., 3 agosto 1819 (Dalloz , 19 , 1 , 561 ; S. V., 19, 1, 359; *Coll. nov.*, 6. 1. 108).
(6) Bruxelles, 22 gennaro 1806 (S.V., *Coll. nov.*, 2, 2, 108).
(7) Parigi, 23 novembre 1811 (S.V., *Coll. nov.*, 3, 2, 580).

incapace di riceverlo, o perchè il secondo mandatario siasi negato ad accettarlo, produrrà sempre la revocazione del primo, se vi si scorga quel carattere di incompatibilità di cui abbiamo parlato : per nullo che sia, esso contiene sempre la manifestazione della volontà del mandante di affidare ad un altro la esecuzione dell'affare che ne formava oggetto (1).

III. — 1162. Ma non basta che il mandante abbia la volontà di rivocare, vuolsi inoltre che questa volontà sia conosciuta dal mandatario. Infatti, l'art. 2006 (1878) dice che la costituzione di un nuovo procuratore produce la revocazione del primo *dal giorno in cui si è a questo notificata*. Una notificazione al mandatario è dunque il compimento naturale di *qualunque* revocazione di mandato; perciocchè bisogna rendere generale questa indicazione dello art. 2006 (1878), la cui disposizione deve applicarsi non solo al mandato tacito per cui è scritta, ma anche a quello espresso: però, conviene notare che a tal uopo non occorre una notificazione propriamente detta. Certamente, la notificazione diretta della sua volontà è pel mandante il miglior modo cui possa ricorrere per impedire che il mandatario allegasse poi di avere ignorato la revocazione del mandato ; ma ciò non importa che questo mezzo sia indispensabile. A tal rispetto bisogna rettificare i termini troppo assoluti dell'art. 2006 (1878) con quelli dell'art. 2008 (1880)(*infra*, n. 1172), e dire in conseguenza che se il mandatario abbia *in un modo qualunque* conosciuto la revocazione, il suo mandato, espresso o tacito, sia per ciò stesso revocato (*sopra*, n. 1135) (2).

Da questo punto il mandato revocato si estingue realmente tra il mandante e il mandatario, come or ora spiegheremo. Nondimeno potremmo dire fin da ora, fondandoci sull'art. 2005 (1877), che in tal caso il mandato non si estingue necessariamente rispetto ai terzi. Ma poichè questo articolo non altro contiene che un'applicazione speciale dell'art. 2009 (1881), ne riserviamo per ora il commentario, salvo a tornarvi più in là (*infra*, n. 1177), e chiuderemo quindi le nostre osservazioni sulle condizioni della revoca tra mandante e mandatario, facendo un'ultima osservazione suggeritaci dall'art. 2004 (1876).

1163. Il quale prescrive un'altra precauzione che deve prendersi dal mandante che esercita il suo dritto di rivocazione, specialmente quando il mandato sia contenuto in una scrittura. Il mandante allora, nel rivocar la procura, può costringere, se vi è luogo, il mandatario a restituirgli o la scrittura privata in cui è contenuta, o l'originale della procura, se fu conservata in tal forma, o la copia, se è stata conservata la minuta. L'interesse del mandante a prendere questa precauzione appare manifesto, sol che si ponga mente a quel che noi sopra dicemmo (n. 1064) nel *commentario* dell'art. 1998 (1870), relativamente al dovere che gli incombe di adempiere le obbligazioni contratte dal mandatario, anche dopo cessato il mandato, verso i terzi di buona fede a cui questi abbia esibito la procura. E però, costringendo il mandatario a restituirgli la scrittura che contiene il mandato, ei lo mette nella impossibilità di continuare il suo ufficio di mandatario verso i terzi, ed obbligarlo abusando del mandato. Segue da ciò, che il mandante ha il dritto, non solo di chiedere la consegna della scrittura che contiene il mandato, sibene di tutte le altre carte che vi si riferiscano, ed anche delle lettere missive. In questo senso è stato giustamente giudicato dalla Corte di Bordeaux, che il principio secondo cui le lettere missive sono proprietà della persona a cui sono dirette, dal momento in cui siano pervenute nelle sue mani, non si

(1) Pothier (n. 114).
(2) *Vedi* Pothier (n. 121).—*Junge* : Delamarre e le Poitvin (t. II, n. 432); Troplong (nn. 711-713 e 787); Boileux (t.VI, p. 618); Aubry e Rau (t. III, p. 473, nota 5) ; Massè e Vergè, sopra Zachariae (t. V, p. 55, nota 6). — *Vedi* pure Ric, 14 maggio 1829 (Dalloz, 34, 1, 402).

applica alle lettere scritte da un negoziante al suo commesso viaggiatore relativamente alle sue commissioni, e che in conseguenza il negoziante possa sempre chiedergliene la restituzione (1). Questa regola però dovrebbe cedere, se le lettere possano servire di discarico al mandatario, imperciocchè allora costituirebbero un titolo che questi potrebbe a buon dritto negarsi a restituire (2).

Se il mandato sia contenuto in un atto notarile, di cui si conservi la minuta, sarebbe prudente che il mandante, dopo essersi ritirata la copia dalle mani del mandatario, notificasse la revocazione al notaio depositario della minuta, poichè, meno il caso in cui il mandante vi si opponga formalmente, il notaro non potrebbe negarsi a rilasciare una seconda copia al mandatario (3), con che il mandante correrebbe nuovamente il rischio a cui avea creduto riparare facendosi restituire la prima copia.

2007 (1879). — Il mandatario può rinunciare al mandato, notificando al mandante la sua rinunzia.

Ciò non ostante, se tal rinunzia pregiudica al mandante, dovrà esser fatto indenne dal mandatario; eccetto quando costui sia nella impossibilità di continuare nell' esercizio del mandato, senza soffrire egli stesso un considerevole pregiudizio.

SOMMARIO.

I. 1164. Il mandato può cessare per la rinunzia del mandatario: perchè. Il mandatario può dunque rinunciare, quando vuole, e senz'altro motivo che la sua sola volontà, purchè la sua rinuncia non rechi danno al mandante.—1165. Se la rinuncia pregiudichi al mandante, questi deve esserne fatto indenne dal mandatario, sia o pur no integro lo stato delle cose.

II. — 1166. Nondimeno, per eccezione, la rinuncia in un caso può farsi impunemente dal mandatario, sebbene pregiudichi al mandante, quando cioè la esecuzione del mandato gli faccia soffrire un danno. La legge parla di un danno considerevole; *che cosa debba per ciò intendersi. — 1167. La eccezione può estendersi ad altre giuste cause di rinuncia?*

III. 1168. In tutti i casi, il mandatario che rinuncia deve notificare la sua rinuncia, sotto pena dei danni. Tuttavia, egli non sarà a nulla tenuto verso il mandante, se lo adempimento di quest'obbligo gli sia reso impossibile.

IV. 1169. In quali casi il mandatario non può rinunciare al mandato. — 1170. Non vi si comprendono il mandato commerciale e la commissione.

I. — 1164. Siccome il mandato, come abbiamo veduto, può cessare per la sola volontà del mandante, così può estinguersi pure per la sola volontà del mandatario. Infatti, se per parte del mandante il mandato è un atto di confidenza, per parte del mandatario è un atto di benevoglienza e di amicizia, quand'anche salariato, essendo la mercede piuttosto una semplice indennità che una vera retribuzione. Ma poichè il sentimento che ha spinto a rendere un servigio può estinguersi o venir meno, gli è ben giusto che il mandatario sia libero di rinunciare al mandato. A tal rispetto ei gode della medesima libertà che ha il mandante, in quanto che può rinunciare al mandato senza

(1) Bordeaux, 12 marzo 1842 (S.V., 42, 2, 266).
(2) *Vedi* Troplong (n. 768).
(3) Parigi, 2 maggio 1808 (S.V., 7, 2, 977; *Coll. nov.*, 2, 2, 382; Dalloz, *Racc. alf.*, t. X, p. 783). —*Conf.* Delvincourt (t. III, p. 245, nota 4).

darne alcuna spiegazione, senza causa, per puro capriccio; per cui possiamo ben dire che il mandatario non è obbligato se non in quanto lo vuole: però conviene soggiungere questa riserva, giustamente indicata dalla stessa legge, cioè che la rinunzia non debba essere intempestiva ed inopportuna, o in altri termini, che non pregiudichi al mandante (1) (*sopra*, nn. 971 e seg.).

1165. Adunque, la facoltà di rinunciare al mandato trovasi naturalmente subordinata a questa condizione, che la rinunzia non sia di pregiudizio al mandante. Questa distinzione fatta dalla legge, tra la rinuncia che può nuocere al mandante e quella che non lo pregiudica per nulla, serve mirabilmente a risolvere le difficoltà pratiche che possono sollevarsi su tal punto, meglio certamente dell'altra distinzione, generalmente proposta (2), tra il caso in cui le cose siano ancora intere, cioè quando il mandante sia ancora in grado di fare da sè stesso l'affare o di incaricarne un'altra persona, e quello in cui le cose non siano più intere. Sicchè possiamo stabilire come massima che il mandatario non sia libero di rinunciare, se dalla rinuncia possa venirne danno al mandante; la rinuncia allora equivarrebbe ad inadempimento del mandato, ed impegnerebbe quindi la responsabilità del mandatario, diguisachè, siano o no integre le cose, sia o no cominciata la esecuzione dell'affare, egli dovrebbe sempre far indenne il mandante: il cominciamento della esecuzione non potrebbe altrimenti riguardarsi che come una delle circostanze proprie a fare stabilire il danno dal mandante sofferto e a farne determinare la misura.

II. — 1166. Però, siccome è detto dal medesimo articolo, bisogna eccettuare il caso in cui il mandatario soffrirebbe egli stesso un pregiudizio continuando nello esercizio del mandato. Egli allora è libero di rinunziare, senz'essere tenuto a cosa alcuna, per la ragione decisiva che non si può costringerlo a rendere altrui un servigio che tornerebbe a suo scapito. La legge parla di un pregiudizio *considerevole*, mostrando con ciò essere suo intendimento impedire che il mandatario prenda pretesto da un pregiudizio di poco momento per imporre al mandante le perdite reali che potrebbero derivargli da una rinunzia intempestiva; e noi stimiamo che le sue parole debbono intendersi piuttosto in un senso relativo che assoluto. Quindi, secondo noi, dovrebbesi istituire un confronto tra il danno che soffrirebbe il mandante per effetto della rinuncia e quello che ne potrebbe derivare al mandatario dalla esecuzione del mandato; e quand'anche il danno a cui il mandatario cercherebbe sottrarsi non sia propriamente parlando considerevole, dovrebbe nondimeno menarsi buona la sua rinuncia, se ad ogni modo sia maggiore di quello che il mandante potrebbe soffrire. E fosse anche uguale, noi crediamo che il mandatario avrebbe *sempre* il dritto di rinunciare al *mandato senza* impegnare la sua responsabilità; ma non lo potrebbe se il danno fosse minore: egli allora dovrebbe eseguire il mandato, salvo ad invocare ulteriormente le disposizioni dell'art. 2000 (1872) per farsi rendere indenne del pregiudizio sofferto (*sopra*, nn. 1112 e seg.).

1167. Il nostro articolo indica unicamente il pregiudizio che potrebbe soffrire il mandatario come una causa che permetta a quest'ultimo di rinunciare al mandato, anche quando ne venga scapito al mandante. Ma può questo pensiero della legge estendersi a qualunque altra causa, come la malattia, il disordine degli affari del mandante, le inimicizie capitali, un viaggio, la perdita di una persona cara, un matrimonio, ecc., e concedere anche in tai casi la facoltà al mandatario di rinunciare impunemente al mandato? Pothier opina che si, e gli scrittori generalmente ritengono

(1) *Vedi* Pothier (n. 44).
(2) Pothier (*loc. cit.*). — *Junge*: Delvincourt (t. III, p. 134); Troplong (nn. 796 e seg.); Boileux (t. VI, p. 620).

doversi tutte queste *justae causae* comprendere tra le parole generali dell'articolo 2007 (1879) (1). Ma questa soluzione è forse troppo assoluta; e noi opiniamo piuttosto che in tali casi tutto debba dipendere dalle circostanze. Il legislatore ha agito con prudenza limitandosi a darne un esempio. Spetta poi al magistrato, prendendo a norma l'esempio della legge, giudicare secondo le circostanze se il mandatario sia stato o no nella impossibilità di eseguire l'incarico affidatogli dal mandante, e se debbasi quindi permettergli di rinunciare senza indennità. In tutti i casi, dovrà sempre aversi presente se possa o no imputarsi colpa al mandatario.

III. — **1168.** La rinuncia del mandato fatta dal mandatario, siccome la rivocazione della procura fatta dal mandante, deve essere notificata : non basta che il mandatario abbia la volontà di rinunciare, se questa sua volontà non sia manifestata al mandante. Ciò è formalmente disposto nel primo paragrafo dell'art. 2007 (1879); e se pure la legge non l' avesse detto, questa obbligazione avrebbe dovuto sempre eseguirsi. Infatti, gli è ben naturale che il mandante che ha veduto accettare la sua procura sia messo in grado, quando colui in cui egli riponeva la sua confidenza rinuncia ad eseguire il mandato, di scegliere un altro mandatario o di fare da sè stesso l'affare. Laonde, sia che rinunci con motivi o senza, sia che rinunciando faccia soffrire un pregiudizio al mandante, il mandatario dovrà sempre, sotto pena dei danni, notificare la sua rinuncia al mandante.

Nondimeno, devesi eccettuarne il caso in cui egli sia impedito di fare la notificazione o di farla utilmente. Se colui che abbia accettato una procura o qualunque altro ordine, dice Domat, non possa eseguirlo per un impedimento sopravvenutogli, come se, costretto a fare un viaggio, siasi ammalato per via, nè possa darne avviso al mandante, o se l' avviso dato riesca inutile perchè arrivato troppo tardi, in tal caso le perdite che deriverebbero dallo inadempimento dell'ordine saranno a carico di colui che lo avea dato, avvegnachè trattisi di casi fortuiti che debbono soffrirsi dal padrone (2); e per altro, come dice alla sua volta Pothier, non potrebbesi obbligare il mandatario all'impossibile (3).

Nè ciò solo ; poichè in tal caso, come sempre, il risarcimento è dovuto non per effetto della colpa, ma pel danno che ne deriva, bisogna soggiungere che se la mancanza assoluta o il ritardo della notificazione non abbia prodotto alcun danno al mandante, il non adempimento dell'obbligazione imposta al mandatario dal nostro articolo non dovrebbe dar luogo ad alcuna indennità.

IV. — **1169.** Alcuni mandati, come sopra dicemmo (n. 1159), sono per diverse cause irrevocabili. Tra questi mandati, alcuni possono cessare per la rinunzia del mandatario, altri no. A rendersi ragione di questa distinzione, e farne l' applicazione, basta esaminare la causa stessa della irrevocabilità. Se essa dipenda unicamente dallo interesse che abbia il mandante alla esecuzione del mandato, potrebbe ben farsi la rinunzia, secondo le regole ordinarie : *Unicuique licet his quae pro se introducta sunt renunciare*. Al contrario, se il mandato sia irrevocabile perchè costituito come condizione di una convenzione sinallagmatica stipulata col mandante, la rinuncia non potrebbe farsi, almeno dal solo mandatario (4).

1170. Il mandatario commerciale ed il commissionario hanno, per principio, come il mandatario civile, la facoltà di rinunciare al mandato. Ma la rinuncia del mandatario commerciale potrebbe meno facilmente giustificarsi, se il mandante ne soffra un pregiudizio (5).

(1) *Vedi* Pothier (nn. 39 a 42).—Troplong (nn. 800-805) ; Duranton (t. XVIII, n. 282) ; Boileux (t. VI, p. 620).

(2) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 4, n. 5).

(3) Pothier (n. 43).

(4) *Vedi* Aubry e Rau (t. III, p. 473).

(5) *Vedi* Troplong (n. 806).

2008 (1880). — È valido ciò che fa il mandatario nel tempo in cui ignora la morte del mandante, o una delle altre cause per le quali cessa il mandato.

SOMMARIO.

I. 1171. Tra il mandante e il mandatario il mandato si estingue, non già dal giorno dello avvenimento o della causa che lo faccia cessare, ma dal giorno in cui il mandatario conosca la causa o lo avvenimento. Questo favore accordato al mandatario era richiesto dall'equità e dall' interesse stesso del mandante.—1172. In conseguenza, gli atti fatti dal mandatario, quando conosce la fine del mandato. restano a suo rischio, non avendo allora alcun dritto al favore della legge. — 1173. A chi incomba l' obbligo di provare che il mandatario abbia conosciuto o ignorato le cause di estinzione? Applicazione della regola che la mala fede non si presume. — 1174. L'articolo 2008 (1880) non può applicarsi al mandato nullo fin da principio: rimando.

II. 1175. Rispetto ai terzi, il mandatario non è obbligato per ciò solo che abbia contrattato con essi, quando conosceva la fine del mandato. Distinzione. — 1176. La protezione accordata dallo art. 2008 (1880) torna ora in vantaggio dei terzi, ora in vantaggio del mandante: esempi.

I. — 1171. L'art. 2008 (1880), volendo determinare in qual tempo cessi il mandato tra il mandante e il mandatario, ci dice che esso non finisce già nel giorno in cui si verifica la causa di estinzione, ma in quello in cui il mandatario ne abbia avuto conoscenza. « Se il procuratore costituito, dicevasi nel nostro antico dritto, o altra persona preposta, ignorando la morte di colui da cui abbiano avuto lo incarico, continuino ad eseguire il mandato. tutto quel che abbiano fatto di buona fede in questa ignoranza sarà ratificato; poichè la loro buona fede fa ritenere come tuttavia efficace la facoltà loro conferita dal defunto (1). » Il nostro articolo ci dice parimente, e con più latitudine. che tutto ciò che faccia il mandatario nel tempo in cui ignori, non solo la morte del mandante, ma tutte le altre cause di estinzione (ben inteso però, quelle che sono estranee alla sua persona, poichè quelle che dipendono da lui non può ignorarle), è valido. È questa una derogazione al rigor dei principî, secondo i quali dovrebbe ritenersi nullo tutto ciò che *il mandatario* abbia fatto dopo lo *avvenimento che* fa cessare il suo mandato; *ma una* derogazione necessaria, perciocchè la legge non potea fare a meno di accordare questo favore alla buona fede del mandatario. Ed in ciò, come negli art. 2005 e 2009 (1877 e 1881) i quali, come or ora vedremo, accordano simil favore alla buona fede dei terzi, la legge, non solo si è uniformata alle regole di equità, ma ha provveduto allo interesse del medesimo mandante, imperciocchè, se non fosse per le guarentigie di una tale derogazione, nessuno certamente vorrebbe determinarsi ad accettare un mandato, o trattare con un mandatario.

1172. Adunque, tra mandante e mandatario, il mandato si estingue non dal giorno della morte del mandante, della sua interdizione, del suo fallimento o della sua decozione. della rivocazione, ma dal giorno in cui il mandatario abbia conoscenza di quella di tali cause che ha fatto cessare il mandato. Ma appunto perchè questo favore

(1) Domat (*Leggi civili*, lib. I, tit. XV, sez. 4, n. 6).— *Vedi* pure Pothier (n. 106).

è accordato dalla legge alla buona fede del mandatario , bisogna ritirarglielo quando faccia atti di esecuzione posciachè conobbe lo avvenimento che facea cessare le sue facoltà. Acquistata tale conoscenza, sia per mezzo di una notificazione, sia in qualunque altro modo (*sopra*, nn. 1135 e 1162), il mandatario non può nè deve null'altro fare se non ciò che sia la conseguenza necessaria dell' affare incominciato (*sopra*, numero 1156): se facesse cosa al di là, resterebbe a suo rischio.

1173. In mancanza di un fatto preciso e d'una notificazione da cui possa indursi la conoscenza del mandatario, come e da chi dovrà provarsi che egli, nel fare gli atti dopo la fine del mandato, conobbe o pur no la causa di estinzione? Spetta forse al mandatario provare la sua ignoranza, o in altri termini la sua buona fede? o dovranno invece il mandante, i suoi rappresentanti o i terzi secondo le circostanze, provare che il mandatario ebbe conoscenza della estinzione del mandato, o in altri termini provare la mala fede di lui? Siffatta quistione non ci sembra punto dubbia, e noi non ne avremmo nemmeno parlato, se non ci fosse capitato leggere, in una decisione pronunciata dalla Corte di cassazione in materia di registro, un motivo che implica una soluzione contraria ai principî. La decisione stabilisce, che la citazione per restituzione di dritti fatta a nome di un debitore morto dal suo mandatario, sia nulla, e non possa in conseguenza interrompere la prescrizione, ove non si provi che il mandatario abbia ignorato la morte del mandante (1). Noi nulla diremo della decisione in sè stessa, la quale non riguarda il nostro subbietto. Ma importa esaminarne i motivi. La sentenza impugnata, volendo per contro escludere la nullità di forma che voleasi far risultare dalla pruova della morte, ed ammettere come valida e capace di interrompere la prescrizione la citazione fatta in nome del mandante, avea considerato *doversi presumere* che il mandatario abbia agito nella ignoranza della morte del mandante. E la Corte di cassazione annullò questa sentenza, perchè, secondo lei, *la presunzione contraria era di dritto*. Ma in ciò appunto, secondo noi, essa ha sconosciuto la verità giuridica. L' art. 2008 (1880), giovi ripeterlo, fa una concessione alla buona fede del mandatario. Or, secondo i principî generali, la buona fede si presume fino a pruova contraria. La mancanza di buona fede dev'essere dunque stabilita, nè si può supporla senza contravvenire direttamente al pensiero stesso della legge. Sicchè, tornando alla nostra quistione, diciamo che spetta al mandante, ai suoi rappresentanti o ai terzi, provare che il mandatario, facendo gli atti che essi non vogliono accettare, conosceva la causa che avea fatto cessare il suo mandato. Eglino certamente dovranno essere facilitati nel fare questa pruova, e poter ricorrere a tutti i mezzi, non esclusa la pruova testimoniale; ma questa pruova dev'esser fatta contro il mandatario: allora soltanto gli atti impugnati potranno rimanere a rischio di lui.

1174. Ricordiamo inoltre una eccezione già indicata. L' art. 2008 (1880) non riguarda il mandato nullo fin da principio, il quale, a tal rispetto, distinguesi dal mandato valido per sè stesso, ma di cui il mandatario abbia ignorato la estinzione. Noi sopra vedemmo, che quando il mandato è nullo fin da principio, in quanto che per esempio sia stato conferito da un incapace, colui che lo esegue, non ostante la sua buona fede, è sempre responsabile degli atti fatti come mandatario (n. 962); il che è in perfetta armonia con quel che dicemmo intorno alla necessità in cui è il mandatario di garentire rispetto ai terzi la sua qualità (n. 1058).

II. — **1175.** Ci resta da ultimo a determinare un punto essenziale per ciò che riguarda i terzi. Rispetto al mandante, il mandatario è sempre responsabile delle cat-

(1) Cass., 29 aprile 1845 (S.V., 45, 1, 666; Dalloz, 45, 1, 222; J. P., 1845, 1, 62).

tive conseguenze della esecuzione continuata dopo estinto il mandato, e deve farnelo indenne (1). Ma non così rispetto ai terzi. Il mandatario che ha contratto con essi dopo avere avuto conoscenza della estinzione del mandato, non sarà sempre e necessariamente verso di loro obbligato. L'art. 2008 (1880) devesi combinare colle disposizioni dell'art. 2009 (1881) (*infra*, nn. 1177 e seg.), e dell'art. 1997 (1869) (*sopra*, nn. 1056 e seg.). Bisogna dunque pria di tutto vedere se i terzi conoscevano o pur no la fine del mandato, e quindi se il mandatario abbia agito in suo proprio nome o in quello del mandante: dopo di che, e secondo i risultamenti di tale indagine, si deciderà se debba o no rispondere verso di loro il mandatario, in conformità delle regole esposte *loc. cit.*

1176. Termineremo il commento di questo articolo, facendo notare che le conseguenze pratiche che derivano dalla protezione in esso accordata alla buona fede del mandatario, potranno alle volte essere vantaggiose pel mandante e svantaggiose pei terzi, alle volte vantaggiose pei terzi e svantaggiose pel mandante. La giurisprudenza ci dà esempi di tale applicazione nell'uno e nell'altro senso.

La protezione della legge torna in vantaggio del mandante quando si decide, per esempio, che l'atto interrompente fatto dal mandatario interrompa la prescrizione vicina a compiersi in favore di un terzo (2), o che giovino al mandante la citazione (3), la riassunzione d'istanza (4), lo arresto (5), fatti in nome del mandante già morto.

Per l' incontro, torna in vantaggio dei terzi quando si decide che il mandante debba eseguire la condanna contro di lui pronunciata dagli arbitri che abbiano giudicato in virtù di un compromesso formato dal mandatario dopo la fine del mandato (6): che egli debba rispettare la divisione fatta col mandatario le cui facoltà erano cessate, e specialmente la divisione consentita dal mandatario di una donna dopo il suo matrimonio (7).

2009 (1881). — Ne' premessi casi, le obbligazioni contratte dal mandatario hanno esecuzione riguardo ai terzi che sono in buona fede.

SOMMARIO.

I. 1177. Il mandato si estingue rispetto ai terzi dal giorno in cui abbiano conoscenza della estinzione. Riunione e ravvicinamento degli art. 2005 e 2009 (1877 e 1881).—1178. I terzi non sono protetti dalla legge, se non in quanto siano di buona fede, cioè nella ignoranza della causa che ha fatto cessare il mandato: conseguenze.—1179. La buona fede dei terzi è assolutamente indipendente da quella del mandatario. - 1180. Ma in caso di dubbio sul fatto della loro buona o mala fede, l'obbligo della pruova incombe al mandante o ai suoi rappresentanti.
II. 1181. Applicazione di questi principi.
III. 1182. Caso in cui il mandante sia obbligato non ostante la mala fede dei terzi e del mandatario: non è egli un terzo nel senso dell'art. 1328 (1282).

(1) Ric., 24 dic. 1817 (S. V., 18, 1, 225; *Coll. nov.*, 5, 1, 393; Dalloz, 18, 1, 204).
(2) Ric., 6 nov. 1832 (S. V., 32, 1, 824; Dalloz, 33, 1, 42).
(3) Parigi, 23 aprile 1807 (S.V., 7, 2, 65; *Coll. nov.*, 2, 2, 233; Dalloz, 7, 2, 65).
(4) Nimes, 5 genn. 1825 (S.V., 25, 2, 135; *Coll. nov.*, 8, 2, 2; Dalloz, 25, 2, 137).
(5) Parigi, 6 genn. 1826 (S.V., 26, 2, 284; *Coll. nov.*, 8, 2, 173).
(6) Ric., 15 febb. 1808 (S. V., 8, 1, 196; *Coll. nov.*, 2, 1, 489; Dalloz, 8, 1, 111).
(7) Ric., 26 aprile 1832 (S.V., 32, 1, 342; Dalloz, 32, 1, 169).

I. — 1177. Nei casi enumerati negli articoli precedenti, le obbligazioni contratte dal mandatario, dopo finito il mandato, hanno esecuzione riguardo ai terzi che sono in buona fede. Così dispone il nostro articolo, a cui bisogna ravvicinare l'articolo 2005 (1877), che ne fa un'applicazione speciale. Infatti, come dice quest' ultimo articolo, « la revocazione della procura notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi, i quali, ignorando la revocazione, abbiano trattato con lui; salvo al mandante il regresso contro il mandatario, » applicando così al caso particolare della revocazione il principio generale stabilito nello art. 2009 (1881), che riguarda tutte le cause per cui cessa il mandato. Non ci occorre certamente giustificare questo principio, il quale, introdotto nello interesse dei terzi, è ispirato dalle medesime ragioni di equità che fecero dettare il principio analogo consacrato nell'art. 2008 (1880) in favore dello stesso mandatario (*sopra*, numero 1171).

1178. Laonde i terzi, al pari che il mandatario, sono protetti dalla legge finchè siano di buona fede, cioè nella ignoranza della estinzione del mandato: però, sorge qui naturale la domanda, come potrà da loro conoscersi il fatto che ha posto termine al mandato? Per essi certamente, sarà meno facile l'esserne avvertiti. Rispetto al mandatario, il mandante può valersi dei mezzi indicati negli articoli 2005 e 2006 (1877 e 1878) e nell'art. 2004 (1876), notificandogli la revocazione, o ritirandosi la procura. Ma questi mezzi non sono efficaci rispetto ai terzi. La notifica, infatti, sarebbe per loro *res inter alios acta*, nè potrebbe certo provare ch' essi siano stati avvertiti ed abbiano avuta conoscenza del vero stato delle cose. Nè tampoco potrebbe bastare, almeno assolutamente, il ritogliere la procura dalle mani del mandatario. Senza dubbio, questo mezzo potrebbe essere utile, anche rispetto ai terzi, i quali, agendo con prudenza, non dovrebbero mai trattare con un mandatario senza farsene esibire la procura. Ma, in molti casi, questo mezzo riescirebbe anche insufficiente: per esempio, suppongasi un mandato che abbia per oggetto, non un affare speciale, ma una somma di affari, un'amministrazione che implichi operazioni giornaliere e successive; forse che i terzi dovranno domandare al mandatario, ogni giorno, e per ciascun atto, la esibizione della procura? E sarebbe forse possibile annullare gli atti che abbiano lealmente fatto, per ciò solo che, essendo stata tolta la procura dalle mani del mandatario, non sarebbe più stata possibile la esibizione, se l'avessero chiesta? Pertanto, i mezzi di cui il mandante può servirsi rispetto al mandatario, non basterebbero per sè stessi rispetto ai terzi. Spetta dunque a lui o ai suoi rappresentanti di provvedere, e regolarsi secondo le circostanze. Se il mandatario fosse incaricato di trattare con una persona determinata, sarebbe prudente notificare la estinzione del mandato non solo al mandatario, ma anche a quella. In caso diverso, procureranno di trovar modo per dare una sufficiente pubblicità alla estinzione del mandato, onde i terzi possano esserne informati.

1179. Del resto, la buona fede dei terzi è assolutamente indipendente da quella del mandatario. Infatti, può ben darsi che i terzi ignorino la fine del mandato avvenuta per una causa, che sia per contro notissima al mandatario. Il caso inverso, sebbene infinitamente più raro, può nondimeno avverarsi. E la Corte di Torino è caduta in un manifesto errore, decidendo che la revocazione del mandato, finchè non sia stata notificata al mandatario, non impedisca per nulla ai terzi di contrarre validamente con quest' ultimo, *quand' anche essi abbiano avuto conoscenza della revocazione* (1). Gli art. 2005 e 2009 (1877 e 1881) sono pur troppo precisi: i terzi non ne possono invocare il beneficio se non quando abbiano

(1) Torino, 20 maggio 1807 (S. V., 7, 2, 671; *Coll. nov.*, 2, 2, 246; Dalloz, *Racc. alf.*, 2, 708).

ignorato la fine del mandato; conoscendola, non hanno più dritto di pretendere dal mandante lo adempimento delle obbligazioni verso di loro contratte dal mandatario, non dovendosi tener conto se, per circostanze eccezionali, quest'ultimo abbia ignorato la causa che facea venir meno in lui la sua qualità.

1180. Per altro, onde ritenere di mala fede gli atti fatti dai terzi dopo la fine del mandato, basta che ne abbiano in un modo qualunque avuto conoscenza. Una informazione accidentale, indiretta, li metterebbe, al pari di un avvertimento diretto, in condizione di non potere invocare il beneficio degli art. 2005 e 2009 (1877 e 1881). Ma pongasi che sia dubbio se i terzi furono di buona o di mala fede, se conobbero o pur no la fine del mandato, in tal caso l'obbligo di farne la pruova sarà del mandante o dei suoi rappresentanti che impugnano l'atto conchiuso col mandatario; e ciò per la medesima ragione sopra indicata (n. 1173), quando cioè mettesi in dubbio la buona fede del mandatario. E poichè trattasi di un fatto, i terzi dovranno essere ammessi a provarlo con tutti i mezzi, anche colla pruova testimoniale, senza un principio di pruova scritturale (1).

II. — **1181.** Sono questi i principî consacrati negli articoli 2005 e 2009 (1877 e 1881). La giurisprudenza ne ha fatto la applicazione in parecchie delle decisioni sopra citate (n. 1176), ed in una sentenza del tribunale della Senna, la quale, fin dai primi tempi che seguirono la promulgazione del Codice Napoleone, riconobbe la validità del pagamento fatto al mandatario revocato da un mandatario che ignorava la revocazione (2). Ma, senza immorare più che tanto su queste applicazioni, a cui tant'altre potrebbero aggiungersene (3), vogliamo solo far notare che questi principî non sono stati violati dalla Corte di Parigi, la quale, annullando una sentenza del medesimo tribunale, decise che, ove in forza di una procura data dal titolare di un officio, il mandatario abbia venduto l'officio ad un terzo, il mandante non possa più opporsi alla esecuzione del contratto, dichiarando a tutte le parti di ritirare la sua dimissione (4). Nella specie, infatti, il mandatario avea eseguito il mandato, vendendo, prima di essere revocato, l'officio di cui il mandante era stato titolare; e costui intendeva sottrarsi alla esecuzione del contratto, allegando che il titolare d'un officio, fino a tanto che non sia sostituito, possa pentirsi e ritirare la dimissione. Ma questa pretensione dava luogo ad una quistione tutta amministrativa, cioè se l'amministrazione che non ha ancora nominato il successore presentato da un titolare dimissionario debba sospendere, quando questi disdica la presentazione già fatta, dichiarando ritirare la sua dimissione. E la Corte di Parigi ha giustamente deciso, che la soluzione di tal quistione, che non rientra nelle attribuzioni dell'autorità giudiziaria, non poteva essere di ostacolo alla esecuzione di un negozio consentito da un mandatario in virtù di una procura regolare e non revocata.

III. — **1182.** Da ultimo, sonvi dei casi in cui il mandante può trovarsi obbligato per atti fatti, dopo cessato il mandato, tra il mandatario e i terzi che abbiano tutti avuto conoscenza della esecuzione del mandato; e ciò in conformità delle regole generalmente ammesse in materia di pruova. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, gli atti sotto firma privata stipulati dal mandatario fanno fede della loro data, rispetto al mandante, sebbene abbiano acquistato data certa posteriormente alla estinzione del mandato (5); la qual dottrina, gene-

(1) *Vedi* Duranton (t. XVIII, n. 275).

(2) Tribunale della Senna, 13 fiorile anno 13 (S. V., 4, 2, 135).

(3) *Vedi* specialmente Ric., 27 nov. 1861 (Dalloz, 62, 1, 483; S.V., 63, 1, 189; J. P., 1863, p. 684).

(4) Parigi, 14 genn. 1845 (S. V., 45, 2, 73; Dalloz. 46, 2, 9; J. P., 1846. t. I, p. 293).

(5) Rig., 19 nov. 1834 (S. V., 35, 1, 666; Dalloz, 35, 1, 33); Bordeaux, 22 genn. 1827; Parigi, 7 genn., 1834; Bourges, 17 maggio 1842 (S. V., 27. 2, 65; 34, 2, 239; 43, 2, 100; Dalloz, 38, 2, 92; 43, 4, 295).

ralmente ammessa dagli scrittori (1), è pienamente esatta e conforme ai principî sopra esposti in occasione dell' art. 1998 (1870) (nn. 1061 e seg.): il mandante non è un terzo nel senso dell' art. 1328 (1282), ma si reputa avere egli stesso sottoscritto l'atto. Però gli sarebbe lecito provare con tutti i mezzi, che all'atto sia stata apposta una data non vera, ma che realmente sia stato fatto in tempo in cui il mandatario non aveva più facoltà di agire. — Nè devesi riguardare come contraria a questa giurisprudenza una decisione, dalla quale risulta che il fitto consentito da un mandatario non sia sufficientemente provato, a favore del locatario e contro il mandante, colla semplice dichiarazione del mandatario, fatta dopo la sua revocazione (2). Nella specie non vi era atto scritto, ma trattavasi di un fitto consentito verbalmente dal mandatario.

2010 (1882). — In caso di morte del mandatario, i suoi eredi debbono darne lo avviso al mandante, e provvedere frattanto a ciò che le circostanze richieggono per lo interesse di costui.

SOMMARIO.

I. 1183. La disposizione dell'art. 2010 (1882) può estendersi a qualunque causa di estinzione del mandato che sopravvenga in persona del mandatario.— 1184. Ma gli eredi di lui in quel mezzo non possono che provvedere agli affari del mandante.— 1185. Eccezione all'art. 2010 (1882) in favore degli eredi minori, delle donne, e in generale di qualunque erede di buona fede.

I. — 1183. L'art. 2010 (1882) contiene una disposizione di equità che può estendersi, non solo al caso di morte preveduto dalla legge, ma a qualunque altra causa di estinzione del mandato avvenuta in persona del mandatario. Quindi, in caso di interdizione o di fallimento di quest' ultimo, il tutore o i sindaci dovranno anche darne lo avviso al mandante, e provvedere frattanto a ciò che richiede il suo interesse. Parimente, in caso di scioglimento di una società, il mandato dato ad uno dei soci cessa per lo scioglimento; ma il liquidatore, sebbene non divenga mandatario, ha le medesime obbligazioni imposte dal nostro articolo agli eredi.

1184. Per altro, tutto quel che essi dovranno fare consiste nel provvedere, aspettando gli ordini del mandante, a ciò che potrà esser necessario. Gli eredi non possono da loro medesimi costituirsi mandatari, nè incominciare l'esecuzione, nè fare per lungo tempo gli atti che sarebbero la continuazione della esecuzione del mandato affidato al loro autore. Essi quindi non potrebbero essere ammessi a chiedere, per mancanza di pagamento del prezzo, la risoluzione di una vendita consentita dal mandatario prima di essere cessato il mandato. Tuttavia, se per errore di dritto ritenevano che il mandato continuasse nella loro persona, potrebbero essere protetti dalla loro buona fede (3)*.

1185. L'inazione degli eredi li rende re-

(1) *Vedi* Troplong (n. 763); Aubry e Rau (t. III, p. 474, nota 13; t. VI, p. 406, nota 113).
(2) Angers, 11 aprile 1823 (S. V., 23, 2, 225; *Coll. nov.*, 7, 2, 192; Dalloz, 23, 2, 155).
(3) *Vedi* Troplong (n. 832).
* Il magistrato non può obbligare gli eredi di un mandatario a pagare il prezzo di un fondo del mandante venduto dal medesimo in forza del man-

sponsabili dei danni ed interessi verso il mandante. Nondimeno, come generalmente si ammette, la disposizione dell'art. 2010 (1882) non sarebbe obbligatoria per gli eredi minori, per le donne, ed anche per gli eredi, maschi e maggiori, che abbiano ignorato la esistenza del mandato, i quali, quand'anche non si curino di prendere alcun provvedimento necessario, non sarebbero soggetti a danni ed interessi. Questa eccezione, così come si propone, è forse un pò troppo assoluta; ma gli è certo che in tal caso la responsabilità degli eredi sarebbe sensibilmente scemata. I tribunali decideranno sempre, secondo le circostanze, se gli eredi, qualunque si fossero, abbiano fatto nello interesse del mandante ciò che la buona fede richiedeva da loro.

dato, senza un preventivo rendimento di conto. — Gli eredi non sono tenuti direttamente a restituire le somme esatte dal loro autore come mandatario; ma a norma dell'art. 1865 possono essere astretti a render conto del di lui operato; e dopo che in seguito della discussione del conto siano risultati debitori, possono essere condannati a restituire l'avanzo, con essere però rimborsati delle anticipazioni e delle spese che per la esecuzione del mandato si fossero fatte (Corte Suprema di Napoli, 10 febb. 1826).

FINE.

SOMMARIO

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL PRESENTE VOLUME.

Spett. Libreria H. Schuman.